

FONCTIONS
ET RESPONSABILITÉ
DES DIRIGEANTS
DE SOCIÉTÉS
PAR ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Doctorat d'Etat)

présentée et soutenue
le 28 juin 1971

par

M. Jean-Pierre BERDAH

Jury de la Thèse :

Président : M. le Professeur BONASSIES
Suffragants : M. le Professeur SORTAIS
M. le Professeur PIROVANO

ÉDITIONS SIREY
22, rue Soufflot, 75005 PARIS

—
1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546327_0002

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses — Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs —

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'Article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants-droit ou ayants-cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'Article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les Articles 425 et suivants du Code pénal.

FONCTIONS
ET RESPONSABILITÉ
DES DIRIGEANTS
DE SOCIÉTÉS
PAR ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Doctorat d'Etat)

présentée et soutenue

le 28 juin 1971

par

M. Jean-Pierre BERDAH

Jury de la Thèse :

Président : M. le Professeur BONASSIES

Suffragants : M. le Professeur SORTAIS

M. le Professeur PIROVANO

ÉDITIONS SIREY
22, rue Soufflot, 75005 PARIS

—
1974

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation.</i>
<i>Bull. inf.</i>	<i>Bulletin d'information des sociétés (Joly).</i>
<i>Cass. (civ. Com. Req.)</i> . .	<i>Cour de cassation (Chambre civile, Section commerciale, Chambre des Requêtes).</i>
<i>Crim.</i>	<i>Chambre criminelle de la Cour de cassation.</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz.</i>
<i>D.A., D.C., D.H., D.P.</i> .	<i>Dalloz analytique, Dalloz critique, Dalloz hebdomadaire, Dalloz périodique.</i>
<i>Doc. parl.</i>	<i>Documents parlementaires.</i>
<i>Doctr.</i>	<i>Doctrine.</i>
<i>Encycl. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit commercial et des sociétés. Encyclopédie juridique.</i>
<i>Fasc.</i>	<i>Fascicule.</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais.</i>
<i>J.</i>	<i>Jurisprudence (in Dalloz).</i>
<i>J.-Cl.</i>	<i>Jurisclasseurs.</i>
<i>J.C.P.</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique).</i>
<i>J. soc., ou Journ. soc.</i> . .	<i>Journal des sociétés.</i>
<i>L.</i>	<i>Législation (in Dalloz).</i>
<i>Obs.</i>	<i>Observations.</i>
<i>Rev. spéc. soc.</i>	<i>Revue spéciale des sociétés par actions.</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés.</i>
<i>Rev. trim. dr. com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial.</i>
<i>R.T.D. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil.</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey.</i>
<i>Somm.</i>	<i>Sommaires.</i>
<i>Trib. civ.</i>	<i>Tribunal civil.</i>
<i>Trib. com.</i>	<i>Tribunal de commerce.</i>
<i>Trib. corr.</i>	<i>Tribunal correctionnel, ou civil statuant correctionnellement.</i>



PRÉFACE

Après tant d'ouvrages écrits sur la responsabilité des dirigeants de sociétés, le lecteur pensera qu'il fallait beaucoup d'audace à un jeune juriste pour s'engager dans une nouvelle étude d'ensemble du problème. Beaucoup d'audace ou une raison particulière. Cette raison, ce fut pour M. Berdah, non pas tant la promulgation de la loi du 24 juillet 1966, encore que cette promulgation eût à elle seule justifié son travail, que l'ambiguïté qu'il relevait dans les dispositions du texte nouveau quant à la qualification précise des dirigeants de sociétés, et plus spécialement des dirigeants de sociétés anonymes. Certes, la loi de 1966 n'avait pas repris les dispositions de la loi de 1867 voyant dans ces dirigeants des « mandataires salariés ou gratuits » (art. 22). Mais le terme même de mandat y subsistait dans plus d'un article, et surtout dans l'article 248 tel qu'originellement rédigé, qui imposait aux administrateurs qui voulaient échapper aux rigueurs de la loi en cas de faillite de la société l'obligation de faire la preuve qu'ils avaient apporté à la gestion sociale la diligence d'un mandataire salarié. Or, depuis des décennies, une doctrine considérable avait avancé l'idée que la société anonyme ne ressortissait plus au domaine du contrat mais à celui de l'institution, et c'était la conviction de M. Berdah que cette doctrine exprimait la réalité de l'évolution du droit, évolution que la loi de 1966 ne paraissait pas démentir, dans la mesure où le modèle de société anonyme qu'elle avait édifié était à la fois très organisé et largement soustrait à la volonté des associés. C'est le désir d'approfondir la contradiction qu'il avait perçue, d'en marquer les limites comme de suggérer les moyens de la dépasser qui a déterminé le choix de M. Berdah, et l'a incité aux recherches dont il propose aujourd'hui les résultats.

Ces recherches, l'auteur les a conduites avec méthode, mais aussi avec un ton très personnel ; la méthode apparaît dans le plan, lequel, très classiquement, passe d'abord par une étude de la nature juridique des fonctions de dirigeants, avant que ne soit présenté au lecteur le régime concret de cette responsabilité, de même qu'elle se manifeste dans l'harmonie générale des développements. Le ton personnel, il s'exprime dans le souci particulier de M. Berdah de « coller » aux données les plus concrètes du phénomène juridique, mais plus encore dans son originalité dans l'approche des problèmes théoriques, l'auteur n'hésitant pas à affronter immédiatement, — presque brutale-

ment — les règles les plus concrètes du droit positif, alors même qu'il est à l'orée de sa recherche et de sa démonstration, — comme on le voit aux premières pages de son livre où, pour lancer son attaque de la théorie contractuelle des dirigeants sociaux, il n'hésite pas à partir de ce qui est le plus pragmatique, le plus précis, les modalités des actions en responsabilité contre les administrateurs.

Quant aux conclusions de M. Berdah, elles peuvent se résumer en deux propositions de sens opposé. L'auteur rejette la théorie contractuelle des dirigeants de sociétés, et en particulier la notion de mandat, avec la distinction qu'elle implique entre la responsabilité des administrateurs envers la société, contractuelle, ou « plutôt contractuelle » et leur responsabilité envers les tiers, délictuelle ou « plutôt délictuelle ». Il suggère une théorie unitaire, d'une responsabilité à fondement institutionnaliste, dans laquelle les administrateurs, liés à la société par une relation institutionnelle, seraient responsables d'abord en tant que professionnels, leur responsabilité supposant la preuve, soit de l'intention de détourner à leur profit le patrimoine social, soit d'une faute précise de gestion, faute dont l'auteur s'attache à dénombrer les manifestations.

Sans doute, les conclusions de M. Berdah ne recueilleront pas en tous leurs éléments, une adhésion totale. A l'époque où le rôle des technocrates dans l'édification (ou la mal-édification) de la société moderne est dénoncé de partout, ou pourra montrer quelque réserve devant son enthousiasme à défendre la « professionnalisation » des administrateurs de sociétés. On pourra aussi lui reprocher d'avoir fait la part trop belle à la notion d'institution aux dépens du contrat, un contrat dont il a peut-être une conception trop classique. Il reste que même si l'on admet que la société anonyme conserve un élément contractuel, par le rôle que continuent à y jouer les volontés individuelles fut-ce dans un cadre rigidement défini par le législateur, rôle que la loi de 1966 a voulu accroître en développant les moyens d'information et d'action des associés, on doit, dans notre opinion, être d'accord avec M. Berdah quant aux deux conclusions fondamentales de son travail. La notion de mandat, institution conçue à l'origine pour permettre à une personne de donner une mission déterminée à un tiers, doit être éliminée du droit des sociétés, et la notion d'organe définitivement affirmée avec les conséquences qu'elle implique quant au partage des responsabilités et garanties entre sociétés et organes. Il faut unifier les régimes de responsabilité des dirigeants de sociétés. Dans un système où les structures de toutes les sociétés commerciales sont étroitement définies par l'ordre juridique impératif, où la personnalité de la société n'est plus l'œuvre ni des volontés individuelles ni même de la nature des choses, mais celle du législateur, les pouvoirs des organes sociaux n'ont plus rien à voir avec les droits et pouvoirs qu'un particulier pouvait en droit classique tirer d'un contrat fondé et modelé par les seules volontés contractuelles — et dont on concevait alors qu'ils fussent inopposables aux tiers. Quand un administrateur agit, il se présente comme investi d'un pouvoir légal, opposable à tous-associés et tiers.

Les différences qui subsistent, au plan des principes ou des modalités, quant au régime de sa responsabilité à l'égard des uns ou des autres, doivent être éliminées. Sur ces deux points, les critiques de M. Berdah, comme les propositions qu'il avance, dans une œuvre écrite avec la foi, voire la passion, d'un jeune juriste plein de promesses, constituent un apport important que l'on ne pourra ignorer.

Pierre BONASSIES,

*Professeur à la Faculté de Droit
et de Science politique d'Aix-Marseille*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
-----------------------------------	----------

PREMIÈRE PARTIE

L'INADAPTATION DU MANDAT DANS LES RAPPORTS DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS ..	7
---	----------

LE PASSAGE DU DROIT CONTRACTUEL AU DROIT STATUTAIRE.	7
--	---

INTRODUCTION	9
--------------------	---

TITRE I

L'INADAPTATION DU MANDAT DANS LES RAPPORTS ENTRE LA SOCIÉTÉ ET SES DIRIGEANTS	15
--	-----------

CHAPITRE I

L'ÉTUDE DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ ET LE REJET DE L'ANALYSE CONTRACTUELLE....	16
---	-----------

Section I. — La promotion de l'action sociale exercée « ut singuli ».	19
--	-----------

Section II. — Les tentatives de justification du pouvoir de l'action- naire par le mandat	19
--	-----------

§ 1. — <i>Théories en présence.....</i>	19
---	----

1° Le dédoublement de la notion de mandat.....	19
--	----

2° La négation de l'effet interne de la personnalité morale...	20
--	----

§ 2. — <i>Faiblesses de la technique du mandat.....</i>	20
---	----

1° Théorie du double mandat.....	20
----------------------------------	----

2° Théorie de l'effet interne de la personnalité morale...	22
--	----

Section III. — La confirmation législative des droits de l'actionnaire	25
---	-----------

Section IV. — La fin de l'impunité d'origine contractuelle.....	27
--	-----------

§ 1. — <i>La consécration de l'impunité : le quitus.....</i>	29
--	----

§ 2. — <i>La préparation de l'impunité : les clauses prohibitives.....</i>	29
--	----

CHAPITRE II

**LE POUVOIR DE REPRÉSENTATION
DES DIRIGEANTS EXCÈDE CELUI DES MANDATAIRES. 31**

Section I. — La représentation de la société en matière contractuelle.	31
Sous-Section I. — La contradiction des critères conventionnels.	32
§ 1. — <i>L'opposabilité aux tiers de l'objet social.</i>	<i>33</i>
§ 2. — <i>L'inopposabilité aux tiers des restrictions des pouvoirs des dirigeants.</i>	<i>35</i>
Sous-Section II. — L'adoption des critères fonctionnels.	39
§ 1. — <i>La directive du 9 mars 1968.</i>	<i>39</i>
§ 2. — <i>L'ordonnance du 20 décembre 1969.</i>	<i>41</i>
§ 3. — <i>Les dangers du déséquilibre fonctionnel.</i>	<i>44</i>
A. — <i>La société à responsabilité limitée.</i>	<i>44</i>
B. — <i>La société anonyme.</i>	<i>46</i>
Section II. — La responsabilité délictuelle des personnes morales. .	47
§ 1. — <i>L'irresponsabilité du mandant à raison des délits du mandataire. .</i>	<i>47</i>
§ 2. — <i>La société est délictuellement engagée par ses organes.</i>	<i>48</i>

CHAPITRE III

**LA RÉVOCABILITÉ D'ORDRE PUBLIC
DES DIRIGEANTS SOCIAUX 52**

Section I. — L'irrévocabilité possible du mandataire.	52
Section II. — La révocabilité absolue.	54
§ 1. — <i>Le formalisme fonctionnel de la révocation.</i>	<i>55</i>
§ 2. — <i>L'apport de la loi nouvelle.</i>	<i>57</i>
Section III. — La révocabilité contrôlée.	58
§ 1. — <i>Inamovibilité et « intuitus personae ».</i>	<i>59</i>
§ 2. — <i>La révocabilité équilibrée.</i>	<i>62</i>
A. — <i>La révocation irréversible.</i>	<i>62</i>
B. — <i>Le contrôle a posteriori.</i>	<i>63</i>

TITRE II

L'INADAPTATION DU MANDAT AU STATUT PERSONNEL DES DIRIGEANTS SOCIAUX	65
---	----

SOUS-TITRE I

LE STATUT PERSONNEL DES ORGANES DE DIRECTION	67
--	----

CHAPITRE I

L'AUTONOMIE DES POUVOIRS DES ORGANES.....	68
Section I. — L'organisation institutionnelle de la société.....	69
§ 1. — <i>La société anonyme</i>	69
§ 2. — <i>La hiérarchisation de la société à responsabilité limitée</i>	71
A. — L'impossibilité pour le gérant d'abandonner ses pouvoirs...	71
B. — L'impossibilité pour l'assemblée de disposer des fonctions de gestion	72
Section II. — Applications de l'autonomie.....	73
§ 1. — <i>Le pourvoi en cassation</i>	73
§ 2. — <i>L'affectation hypothécaire</i>	74
§ 3. — <i>Le serment décisoire</i>	75
Conclusion	77

CHAPITRE II

LE CUMUL D'UNE FONCTION SALARIÉE ET DE DIRECTION.....	79
Section I. — La prohibition du cumul.....	81
§ 1. — <i>La prohibition absolue</i>	81
§ 2. — <i>Le maintien du cumul</i>	82
Section II. — La prohibition immédiate du cumul.....	83

CHAPITRE III

NATURE JURIDIQUE DE LA RÉMUNÉRATION DU DIRECTEUR GÉNÉRAL.....	85
Section I. — Le rejet du caractère contractuel.....	86
Section II. — La consécration du caractère institutionnel.....	87

CHAPITRE IV

**L'INSUFFISANTE APPRÉCIATION
DE LA DILIGENCE DU MANDATAIRE..... 90**
Section I. — L'adoption jurisprudentielle des règles contractuelles. 90
§ 1. — L'appréciation « in abstracto » de la faute du mandataire salarié.. 91
A. — La justification de l'appréciation in abstracto..... 92
B. — L'appréciation in abstracto dans les obligations extra-contractuelles 93
§ 2. — L'attitude contradictoire de la jurisprudence quant aux obligations du mandataire social..... 94
Section II. — Les insuffisances des critères de rattachement..... 96
§ 1. — L'insuffisance qualitative : le bon père de famille..... 96
§ 2. — L'insuffisance quantitative : le caractère accessoire de la notion de profession 98
CONCLUSION DU SOUS-TITRE PREMIER..... 102

SOUS-TITRE II

**NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ
DES DIRIGEANTS ET PROFESSION**

CHAPITRE PREMIER

L'ESSOR DE LA NOTION PROFESSIONNELLE..... 104
Section I. — Critique du système antérieur..... 105
Section II. — Le statut civil de l'actionnaire..... 108
Section III. — Le dynamisme des dirigeants..... 110

CHAPITRE II

**INUTILITÉ DES TECHNIQUES
DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE..... 116**
Section I. — Nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité des administrateurs..... 117
Section II. — Importance de la théorie de la représentation..... 122
A. — Les effets de la représentation..... 125
B. — Les conditions de la représentation..... 126
Section III. — La jurisprudence et la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle..... 127
§ 1. — La jurisprudence et les différences fondamentales..... 128
A. — La faute..... 128
B. — La preuve..... 130
§ 2. — La jurisprudence et les différences accessoires..... 131

DEUXIÈME PARTIE

**LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS
DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS****(à la recherche d'un système unitaire
de responsabilité de type légal)**

INTRODUCTION.	135
--------------------	-----

TITRE I

LE RÉGIME JURIDIQUE DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ	137
--	-----

SOUS-TITRE I

**LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS
SANS DÉFAILLANCE DE LA SOCIÉTÉ**

INTRODUCTION.	140
--------------------	-----

CHAPITRE I

**L'ACTION SOCIALE QUITTE
LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE**

Section I. — Le fondement de l'action sociale.	145
§ 1. — <i>Le critère tiré de la qualité du préjudice.</i>	<i>146</i>
§ 2. — <i>Le critère tiré de la nature de la faute.</i>	<i>147</i>
Section II. — L'exclusion des techniques contractuelles.	149
§ 1. — <i>Difficultés issues de la qualification de la faute.</i>	<i>149</i>
§ 2. — <i>Exclusion par le décret du 31 août 1937 des techniques d'effacement de la responsabilité.</i>	<i>151</i>
A. — <i>Contrat et irresponsabilité.</i>	<i>151</i>
B. — <i>La revalorisation de l'action sociale.</i>	<i>153</i>
C. — <i>Les conséquences du décret-loi du 31 août 1937.</i>	<i>154</i>
§ 3. — <i>L'inexplicable survivance du terme « mandat » dans la loi nouvelle.</i>	<i>155</i>
Section III. — Les facteurs d'unité des responsabilités contractuelle et légale.	157
§ 1. — <i>La prescription.</i>	<i>157</i>
§ 2. — <i>La solidarité.</i>	<i>160</i>

CHAPITRE II

**L'ACTION INDIVIDUELLE : FAUTEUR
DE DÉVELOPPEMENT DE LA RESPONSABILITÉ LÉGALE**

Section I. — L'action individuelle ne prend jamais sa source dans un contrat	166
§ 1. — <i>La qualification du préjudice</i>	167
§ 2. — <i>L'étendue du préjudice</i>	168
§ 3. — <i>La nature de la faute génératrice</i>	169
Section II. — Les conditions d'exercice de l'action, et son extension ..	170
§ 1. — <i>Les demandeurs à l'action</i>	170
§ 2. — <i>Le rapprochement de l'action individuelle et de l'action sociale</i> ...	172

CHAPITRE III

**L'ACTION SOCIALE EXERCÉE
« UT SINGULI », ACTION LÉGALE**..... 176

Section I. — Le libéralisme de la mise en oeuvre de l'action sociale « ut singuli »	178
§ 1. — <i>C'est une action subsidiaire</i>	178
§ 2. — <i>Les demandeurs à l'action</i>	181
Section II. — L'efficacité collective de l'action sociale exercée « ut singuli »	183
§ 1. — <i>Responsabilité contractuelle et intérêt particulier</i>	183
§ 2. — <i>Responsabilité légale et protection sociale</i>	187
A. — <i>La réaction jurisprudentielle</i>	188
B. — <i>La condamnation législative</i>	190

SOUS-TITRE II

**LA SITUATION DES DIRIGEANTS SOCIAUX
EN CAS DE RÈGLEMENT JUDICIAIRE
OU DE LIQUIDATION DE BIENS DE LA SOCIÉTÉ**

CHAPITRE I

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION..... 194

Section I. — Les conditions de l'obligation au passif social	194
Section II. — L'obligation au passif social résulte bien d'une responsabilité	196

CHAPITRE II

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACTION
ET LA VÉRIFICATION DE SA NATURE LÉGALE..... 199

Section I. — Le champ d'application de l'obligation au passif social 199

Section II. — Les causes d'exonération de cette responsabilité légale 202

§ 1. — *Les effets du cumul de la présomption de faute, et de la faute prouvée.* 202

§ 2. — *La suppression de la référence au mandataire salarié.* 204

TITRE II

LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ 207

SOUS-TITRE I

LES RESPONSABILITÉS ENOOURUES ANTÉRIEUREMENT
A TOUTE OPÉRATION DE GESTION

CHAPITRE I

L'ARTICLE 42 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867
ET SON INTERPRÉTATION..... 217

Section I. — Les interprétations doctrinales..... 218

A. — Existence hypothétique d'une responsabilité des administrateurs..... 218

B. — Nature de la responsabilité, et détermination de son étendue 219

1° Le droit commun de la responsabilité délictuelle..... 219

2° La disparition de la personne morale et la responsabilité des dettes sociales..... 220

Section II. — L'évolution jurisprudentielle..... 220

§ 1. — *La faute n'est pas une condition de la responsabilité.*..... 221

§ 2. — *La réapparition de la faute.*..... 222

Section III. — La consécration de la faute : la loi du 1^{er} août 1893..... 225

§ 1. — *La limitation du rôle de la nullité quant au fondement de l'action.* 225

§ 2. — *La limitation du rôle de la nullité quant au régime juridique de l'action* 226

CHAPITRE II

L'APPORT DE LA RÉFORME DE 1966..... 228**Section. I — La notion de faute et l'article 7 de la loi du 24 juillet 1966..... 229****Section II. — La notion de faute et la nullité des sociétés 231**§ 1. — *L'appréciation judiciaire de la responsabilité..... 231*§ 2. — *Le fondement de l'action en responsabilité..... 232*

SOUS-TITRE II

**LES RESPONSABILITÉS ENCOURUES A RAISON D'ACTES
ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE EFFECTIF DES FONCTIONS**

CHAPITRE PREMIER

**LES FAUTES COMMERCIALES
OU LA SANCTION DE L'OPPORTUNITÉ..... 236****Section I. — Le critère de l'intérêt..... 237****Sous-Section I. — La notion d'intérêt social..... 238**§ 1. — *Les tribunaux apprécient l'intérêt social..... 238*§ 2. — *L'intérêt social n'est pas un but moral..... 239*§ 3. — *La technique institutionnelle ne modifie pas la notion d'intérêt
social..... 241***Sous-Section II. — Les actes profitant à un étranger à la société... 243**§ 1. — *Les actes profitables aux tiers..... 245*

A. — Responsabilité à l'égard de la société et des associés..... 245

B. — Responsabilité à l'égard des créanciers sociaux..... 248

§ 2. — *Les actes profitant aux administrateurs à titre personnel..... 249*

A. — Abus de majorité et avantage personnel..... 250

B. — Le régime de contrôle des intérêts personnels..... 251

C. — L'acte personnel bénéficiaire..... 255

**Sous-Section III. — La méconnaissance de l'intérêt social sans pro-
fit direct pour les tiers..... 259****Section II. — Le critère de l'insuffisance..... 261**§ 1. — *L'élément intentionnel de l'insuffisance..... 261*§ 2. — *Les éléments matériels de l'insuffisance..... 264*

A. — L'absence 264

a) *L'exigence d'un motif légitime..... 265*b) *Le refus de ratification..... 266*

B. — L'abstention 268

a) *L'abstention généralisée..... 268*

b) <i>Le manquement à l'obligation de surveillance</i>	269
1° <i>La surveillance par le conseil d'administration de son président</i>	270
2° <i>La surveillance des préposés de la société</i>	274
a) <i>Les salariés</i>	274
b) <i>Le directeur général</i>	275

CHAPITRE II

LA VIOLATION DE LA LÉGALITÉ..... 278

Section I. — Les infractions relatives au statut des dirigeants sociaux	280
§ 1. — <i>Règles relatives à l'entrée en fonctions des organes de direction</i> ...	280
A. — <i>Les actions de garantie</i>	280
B. — <i>Les conditions modernes de nomination</i>	282
§ 2. — <i>Règles relatives au fonctionnement de la société</i>	283
A. — <i>La réduction du capital</i>	283
B. — <i>L'obligation de discrétion</i>	284
Section II. — La violation de la légalité dans les relations inter-organiques	285
§ 1. — <i>Les relations entre organes</i>	286
§ 2. — <i>La protection des actionnaires et des tiers</i>	287
A. — <i>La protection du capital social</i>	287
1° <i>Le rachat par la société de ses propres actions</i>	287
2° <i>L'affectation des bénéfices</i>	290
B. — <i>L'information des actionnaires</i>	291
1° <i>L'information de participation</i>	292
a) <i>Le rôle passif de l'actionnaire</i>	293
b) <i>L'intervention active de l'actionnaire</i>	294
2° <i>L'information de contrôle</i>	295
a) <i>L'information permanente</i>	295
b) <i>L'information a posteriori des porteurs de titres cotés en bourse</i>	295
CONCLUSION GÉNÉRALE	299
BIBLIOGRAPHIE	301
— <i>Traités et ouvrages généraux</i>	301
— <i>Thèses, ouvrages spéciaux, monographies</i>	302
— <i>Articles, chroniques, et notes de jurisprudence</i>	305
TABLE DES DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE CITÉES	311
INDEX ALPHABÉTIQUE	323

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le statut des dirigeants de sociétés commerciales évolue, depuis 1966 vers un cadre toujours plus objectif.

Cette évolution s'opère dans deux domaines distincts : leur responsabilité et l'ensemble de leurs fonctions.

On s'aperçoit à cette occasion que, dans la mutation ainsi annoncée, la vitesse d'évolution est plus grande en ce qui concerne les fonctions, qu'en ce qui concerne les responsabilités. Et pourtant, scinder ces deux domaines relève d'un certain arbitraire : une construction juridique harmonieuse suppose que la responsabilité soit la projection de la définition préalable des fonctions.

Il est impossible d'étudier la responsabilité en adoptant les contradictions nées de l'analyse traditionnelle du mandat, retenue pour caractériser les fonctions des dirigeants.

En conséquence, il fallait que la responsabilité des dirigeants de sociétés par actions (1) devienne un moyen d'analyse complémentaire, — alors et surtout qu'elle renferme le plus grand nombre de contradictions et d'hésitations.

Le droit de la responsabilité est figé, dans le droit positif des sociétés sur une analyse contractuelle, et sur la notion de mandat : il en est le bastion le mieux protégé. La jurisprudence ne se résigne pas à abandonner l'idée de mandat.

Il est difficile de faire coexister l'analyse traditionnelle (qui voit un mandat dans les rapports de la société et de ses dirigeants) et le principe de l'effet relatif des conventions à l'égard des tiers.

« Peut-être l'isolationnisme des relations contractuelles répondait-il au rythme de la vie juridique de nos ancêtres ; mais en notre époque de dynamisme accéléré, il n'est plus qu'une dangereuse chimère. Les occasions de conflit, comme aussi celles de fraude, ne cessent de se multiplier, sans que le plus souvent, aucun texte de loi ne les prévienne spécifiquement. A défaut de normes particulières,

(1) Cette étude portera sur les Sociétés anonymes, et les Sociétés à responsabilité limitée — ces dernières quittent le caractère hybride qui leur était reconnu traditionnellement, pour jouer le rôle de « révélateur » de l'institutionnalisation croissante du droit des sociétés. S'il n'est pas original de souligner l'aspect impératif de la législation relative aux Sociétés anonymes, il sera en revanche, bien plus important de signaler que la Société à responsabilité limitée, *pétrée d'inuitus personae*, adopte à son tour des mécanismes structurés, qui ne doivent rien à l'analyse contractuelle.

il a bien fallu recourir aux principes généraux, et en matière de relations qui excèdent le cadre de la convention, rien de plus naturel que de poser le problème sur le terrain classique de la responsabilité aquilienne» (1).

Or, si l'on peut constater qu'en matière contractuelle il existe des contrats spéciaux, dotés de caractères spécifiques, il ne se trouve rien de comparable en matière délictuelle ou quasi délictuelle, où, entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité pénale, l'on ne trouve rien d'autre que les règles générales de l'article 1382 du Code civil.

Était-il alors opportun de faire coexister, comme le fait la doctrine classique une responsabilité contractuelle, fondée sur l'existence d'un contrat de mandat, et une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle dans les termes des articles 1382 et 1383 du Code civil, alors que souvent, c'est la violation de la *même obligation* qui sera génératrice de l'action de la société, et des tiers à supposer que cette catégorie de personnages soit clairement définie ?

Quel que soit le fondement de la responsabilité retenue il ressort « que l'obligation violée doit pouvoir être identifiée, en indiquant tout au moins quels étaient la prestation et celui qui la devait » (2).

Nous allons nous trouver, avec le droit des sociétés, en présence de « délits civils particuliers » (3) ressortissant à la technique générale de la responsabilité civile, mais assez individualisés pour n'être pas engloutis par eux.

La doctrine traditionnelle a conclu, depuis longtemps, que la responsabilité des dirigeants était « plutôt contractuelle » (4) à l'égard de la société, et « plutôt délictuelle » à l'égard des tiers.

Or la loi nouvelle n'a pas apporté d'enseignement notoire quant à la nature et au fondement de cette responsabilité civile. Ces incertitudes sont regrettables, car l'étendue de la responsabilité du dirigeant dépend nécessairement de la nature de ses fonctions » (5). Cela est d'autant plus important que de très nombreux actes ou faits sont susceptibles de faire naître cette responsabilité.

La responsabilité contractuelle est insuffisante car trop étroite, et la responsabilité délictuelle de type courant trop imprécise.

L'explication contractuelle désormais inadaptée, où se trouve le fondement du régime juridique de la responsabilité des dirigeants de sociétés par actions ? Il se situe dans le cadre spécifique de leur fonction, et d'une responsabilité légale, techniquement assimilable à celle des articles 1382 et 1383 du Code civil fondée sur la faute, mais dotée d'un champ d'application précis.

(1) Simon GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 6, et la note 2, ainsi que les nombreuses références citées par cet auteur.

(2) S. GINOSSAR, *op. cit.*, p. 85.

(3) *Loc. cit.*, p. 75 et 76.

(4) Yves GUYON, *Juris-Classeur des Sociétés*, Fasc. 132, *Administration. Responsabilité civile des administrateurs*, n° 10, p. 5.

(5) GUYON, *op. cit.*, n° 1, page 3.

Leurs obligations sont moins nombreuses, mais plus denses que celles de tout particulier tenu par les règles générales de la responsabilité civile.

Dans quel sens doit donc évoluer désormais ce régime juridique ? Il évolue du contrat vers le statut.

C'est ici la dialectique qui recouvre la vie même de toutes nos règles de droit : doit-on suivre la sociologie et l'histoire lorsqu'elles tracent des lignes d'évolution ?

Deux mouvements inverses s'opposent, parmi lesquels un choix s'avère facile — tout au moins en ce qui concerne le droit des sociétés commerciales.

D'une part, les auteurs anciens, et particulièrement Sir Henry Sumner Maine (1) prétendent que « le statut précède le contrat », — la norme autoritaire laissant progressivement la place à la liberté contractuelle, symbole de progrès et de perfectionnement.

D'autre part, une doctrine moderne, recherchant une ligne évolutive, mais en sens opposé cette fois, a souligné la « socialisation du droit ».

Elle a indiqué les dangers de la liberté contractuelle au nom d'une inégalité économique certaine, et observé que la liberté tendait à s'effacer devant le droit impératif. D'un droit « horizontal », elle a souhaité, ou du moins admis, que l'on passait à un droit « vertical » (2).

De la loi de Sir Henry Summer Maine, « ce darwinien du droit », M. Carbonnier trouve qu'elle « a un air scientifique à peu de frais » (3). Aux théories de socialisation du contrat, et de la décadence de l'autonomie de la volonté, il faut selon lui apporter pondération et prudence.

Nous observerons quant à nous que le propre de chaque époque est de croire qu'elle constitue la prise de conscience d'une évolution du progrès. Les théories de type darwiniste ont — surtout pour les juristes — un attrait fascinant : ils n'ont pas su résister — que ce soit au ^{xix}e siècle, ou actuellement — au plaisir de croire que leur époque marquait le tournant d'une évolution.

A une époque où l'on découvrait les libertés individuelles, l'affranchissement des individus, il était normal de penser que la liberté contractuelle constituait un progrès remarquable sur le droit absolutiste issu de l'ancien régime.

Aujourd'hui, après que deux siècles ou presque ont usé cette illusoïre faculté, il est normal de penser que la liberté engendre la licence et l'injustice, auxquelles peut seule remédier la loi.

(1) *L'Ancien droit*. Traduction COURCELLE-SENEUIL, 1874, p. 160 et s. *L'ancien droit, considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*. Traduction de J. C. COURCELLE-SENEUIL, 1874, Guillaumin et Cie éditeurs.

(2) Il faut citer les réserves de M. Carbonnier, quant aux ambitions de la sociologie : *Flexible droit* (Textes pour une sociologie du droit sans rigueur), Paris, L.G.D.J., 1969, p. 180 et 181.

(3) *Loc. cit.*

Sans prendre parti sur ce problème. Il faut se borner à souligner que d'une part, le droit des sociétés évolue nécessairement vers un droit statutaire, en quittant la sphère des contrats, — et que d'autre part, il correspond aujourd'hui à la recherche d'une finalité économique : sécurité pour les épargnants en vue d'attirer la substance vitale qu'ils détiennent.

La liberté en droit des sociétés nuisait donc au but recherché, — et partant les techniques contractuelles, — quant au fonctionnement de la société — ont été progressivement bannies.

Comme bien des notions qui naissent à la vie juridique, — ou qui s'y adaptent, la notion d'organe de direction d'une société de capitaux subit une impulsion très profonde du chef des phénomènes économiques (1). D'éminents juristes en arrivent à se passer — encore difficilement — du terme anglo-saxon de « management », et, au regard de la langue française, ils ont raison. Mais leur pensée englobe ce que leur vocabulaire ignore : « c'est le processus de direction d'un ensemble d'individus pour mener à bien les buts d'une société, soit qu'il s'agisse d'une société prise dans son ensemble, soit d'une division ou d'un département de cette société. Cela englobe les analyses, « le planning », l'élaboration des décisions et le contrôle... » (2). De façon plus résumée, le « management » se caractérise « essentiellement par la prévision et la préparation des décisions » (3), sans qu'il soit besoin d'asséner au lecteur les termes en langues anglaise habituellement utilisés (4).

La loi du 24 juillet 1966 apporte à la gestion des avantages appréciables : « elle améliore sensiblement le système traditionnel de gestion » (5), en définissant aussi largement que possible la notion de direction générale, et les pouvoirs qui y sont attachés. Il fallait également que la responsabilité des dirigeants sociaux traduise cette évolution technique : qu'elle s'imprègne toute entière de la notion de profession.

Il faut s'opposer à la malléabilité du contrat, dans un domaine où il est désormais étranger, et à la responsabilité contractuelle qui en résulte.

C'est ce que nous avons d'abord tenté d'exprimer dans la première partie, consacrée à la nature juridique des fonctions des dirigeants de sociétés par actions.

(1) Voir pour la notion d'entreprise : M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., 1957, p. 6 et la note 22.

(2) Définition du professeur américain Bursk, citée par J. BURGARD in *Revue des sociétés*, année 1969, p. 136 *Fusions et managements*.

(3) J. BURGARD, « Nécessités économiques et évolution du droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 1969, p. 136 et s.

(4) Il convient de citer un ouvrage humoristique, mais très savant, écrit par M. Michel BARBA, *Les cancrs du management*, où cet auteur, polytechnicien, P.D.G., et professeur de management stigmatise le vocabulaire en usage : ratios, cash-flow, et motivations, business game, marketing, planification et programmation, mass media, coefficients de croissance, etc.

(5) J. BURGARD, *loc. cit.*

L'exclusion des règles de la responsabilité contractuelle, en l'absence de tout contrat de mandat, devait nous conduire à proposer un système unitaire de responsabilité de type légal, fondé sur la faute, et rattaché à la notion de profession, dans la deuxième partie, traitant de :

— la responsabilité civile des dirigeants de sociétés par actions.

PREMIÈRE PARTIE

**LA NATURE JURIDIQUE
DES FONCTIONS
DES DIRIGEANTS
DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS**

(le passage du droit contractuel
au droit statutaire)

INTRODUCTION

1. « Minerve seule est sortie toute casquée du cerveau de Jupiter. Nos lois, elles, subissent le lourd atavisme des lois qui les ont précédées ; elles font malheureusement penser à quelque manteau usé qu'une bonne ménagère s'ingénie à rapiécer, morceau par morceau ».

Cette phrase (1) symbolise parfaitement le mouvement législatif français en général, et celui des sociétés commerciales en particulier. Elle se vérifie avec la réforme des sociétés commerciales commencée en 1966.

De nombreuses causes de réforme sont apparues, que ce soit l'impératif européen, traduit en normes et directives, ou plus généralement l'évolution de la vie économique et des techniques relatives à la gestion des sociétés. A cela, il convient d'ajouter la pénétration des techniques issues du droit public au sein des mécanismes sociaux, après un siècle de loi sur les sociétés de capitaux et la promotion de la notion d'entreprise.

Au seuil de la réforme de la législation des sociétés entreprise, voire simplement commencée (2) par la loi du 24 juillet 1966, cet atavisme des lois anciennes se faisait lourdement sentir, et la technique des contrats usuels avait à ce point imprégné la matière, que l'on trouvait sous la plume de M. Giverdon (3) les mots suivants : « le droit commercial a utilisé largement cet aspect permanent du mandat. La gérance et l'administration des sociétés commerciales ont été fondées sur l'idée de mandat... ».

Alors que le droit des sociétés révélait une coexistence générale entre le contrat et l'institution, le domaine des fonctions de gestion et de direction restait soumis aux seules règles contractuelles du mandat. Ce domaine du droit écartait toute idée de partage entre la théorie institutionnelle et la théorie contractuelle, au profit de cette dernière.

Ainsi, alors que dans les autres secteurs de la vie juridique des sociétés, l'institution faisait des progrès qui ne suffisaient cependant pas à évincer l'idée de contrat, les fonctions des administrateurs étaient intimement liées au concept de mandat.

(1) Edouard COPPER-ROYER, *Traité des sociétés*, t. I, p. 483 et s.

(2) Voir sur les nombreuses modifications MM. HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *Chronique : la « Réforme de la réforme des sociétés... suite », D., 1970, p. 70.*

(3) *Encyclopédie Dalloz, Droit commercial, V° Mandat commercial*, n° 5.

Or la théorie de l'institution a le mérite insigne de s'être affinée, et de ne plus exister seulement en vertu des critères formels qu'en avaient dégagés les premiers tenants (1).

Elle est entendue désormais d'une manière moins absolue notwithstanding les affirmations selon lesquelles « l'idée institutionnelle est basée sur une notion de but social protecteur à la fois de tous les intérêts licites dont ceux de la minorité dans le cadre de l'intérêt de la société et de même des tiers, et l'intérêt général du pays » (2). « On tempère aujourd'hui les élans enthousiastes de ceux qui assignaient une fin morale à la société anonyme » (3), la chargeant de « la promotion des intérêts généraux du peuple » (4) ou de « la production pour le bien de la vie humaine » (5).

Il faut alors observer un certain parallélisme : si l'on admet « que la théorie institutionnelle ne nie pas que la société ait été fondée par un contrat » (6), on doit constater que les règles du mandat ont servi à élaborer les dispositions régissant les rapports entre les dirigeants des sociétés commerciales et ces dernières. Mais elles n'ont joué que le rôle de tremplin, dont peut désormais se passer le droit positif. Le législateur moderne n'a cependant pas pu — ou voulu — se dégager de l'héritage transmis.

2. Il s'agit ici de ne pas identifier l'entreprise et le support juridique de cette dernière, c'est-à-dire la société commerciale.

En effet, sans revenir sur la définition de l'institution, pas plus que sur celle de l'entreprise, il importe de rappeler rapidement qu'aucune de ces deux notions ne peut coïncider exactement avec le concept de société.

En d'autre termes, si le critère institutionnel peut encourir le reproche d'être parfois trop formel, en revanche, le concept d'entreprise se révèle être beaucoup plus large que celui de société (7). La société a une fonction spécifique.

La société, « si elle n'est en rien affectée par les problèmes de

(1) HAURIU, « L'institution et le droit statutaire », *Rec. de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906 ; *Principes de droit public* 1910. Cf. JELLINEK, *L'état moderne et son droit*, t. II, p. 248 ; MICHOD, *Théorie de la personnalité morale*, 3^e éd. par Trotabas, Paris, 1932 ; BENOIT, thèse de Rennes, 1943, n° 89 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. VI, n° 59 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, n° 92 bis.

(2) De SOLA CANIZARES, *R.I.D.C.*, 1953.1.418.

(3) Dominique SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la Société anonyme*, Sirey, 1970, p. 53. Cette confusion entre l'entreprise et la société est fréquente. Cf. M. HOUIN, in *Liber amicorum*, Baron Louis Frédéricq, t. 2, p. 617 ; *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*.

(4) RATHENAU Von Aktienwesen, Berlin, 1922, p. 94, cité par SCHMIDT, *op. cit.*, loc. cit.

(5) *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, LÉGAL et BRÊTHE DE LA GRESSAYE, 1938, p. 340.

(6) GAILLARD, *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1932, p. 37 et s.

(7) Michel DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*, L.G.D.J., 1957.

l'entreprise, les relations du capital, de la direction et du travail, ou l'intéressement aux fruits de l'expansion» (1) quant à ses règles de fonctionnement interne, les subit au contraire lorsqu'il s'agit de mesurer l'action de ses organes, et leurs responsabilités.

Cette confusion généralement commise entre l'entreprise et la société se retrouve au sein de la législation nouvelle sur le règlement judiciaire et la liquidation de biens. Les idées axiales ayant présidé à cette réforme dans la loi du 13 juillet 1967, modifiée par le décret du 22 décembre 1967 sont essentiellement « la distinction de l'entreprise et de ses dirigeants » (2). Cette formule ne s'applique évidemment qu'à l'entreprise sociale : le principe de l'unité du patrimoine impose cette restriction et rend vaine toute tentative de dissociation au sein de l'entreprise individuelle.

Puisque cette formule ne peut s'appliquer, par hypothèse, qu'à l'entreprise exploitée socialement, il est facile de démontrer que le législateur lui-même commet la confusion signalée.

On retrouve ces idées chez M. Houin, savoir que le législateur aurait dû nuancer davantage cette identification entre l'entreprise et la société (3).

Il ne faut donc pas imputer à la société les buts généralement assignés à l'entreprise (4), faute de quoi la responsabilité des dirigeants sociaux se colorerait trop intensément d'une recherche de but, d'une analyse morale.

Il faut cependant admettre que la recherche de l'intérêt social ne peut plus désormais se contenter d'une approximation : c'est là le changement capital apporté dans l'étude de la responsabilité des dirigeants de sociétés. La notion d'entreprise a apporté au concept de société un nouvel éclairage, qui sans en modifier la structure, ouvre à ce dernier un champ d'application nouveau.

La construction juridique de l'entreprise laisse subsister la société par actions dans sa structure actuelle : cette société par actions est l'apporteur de capitaux. elle doit rester maîtresse et seule maîtresse de régler les questions liées à cet apport.

Mais l'entreprise par sa philosophie, écarte toute référence au mandat dans les rapports entre dirigeants sociaux et personne morale.

(1) D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 54.

(2) M. F. DERRIDA, *Rec. Defrénois*, 1969, I, p. 96-97. Voir également la déclaration de M. le Garde des Sceaux au Sénat, *J.O.*, Débats, p. 733.

(3) Exposé des motifs de la loi de 1967, p. 1314 : « ... éliminer les entreprises économiquement condamnées sans frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité, et assurer la survie d'entreprises pouvant être relevées... en écartant les dirigeants dont la gestion serait critiquée ».

(4) DESPAX, *op. cit.* ; LASSÈGUE, *La réforme de l'entreprise*, thèse Toulouse, 1948 ; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 242 et s. ; R.I.D.C., 1954, p. 554 ; P. DIDIER, « Esquisse de la notion d'entreprise », *Mélanges Voirin*, p. 209 et s. ; Claude CHAMPAUD, « Contribution pour une nouvelle définition du droit économique », D., 1967 (Chron., p. 215 et s.).

3. Il faut en effet revenir au mandat. Une constatation s'impose à l'examen des diverses lois qui se sont succédées dans le domaine des sociétés commerciales : s'y retrouvent les termes de « mandat », « mandataire », « mandat salarié ».

La jurisprudence la plus récente, qu'elle fasse ou non appel aux règles antérieures à la loi du 24 juillet 1966 décide avec cohésion et constance que la référence idéale de diligence et d'activité pour les administrateurs de société anonyme est constituée par le « mandataire salarié » (1).

Le droit positif considère de façon claire que le contrat de mandat est la source la plus importante des rapports existant entre la société et ses dirigeants.

La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes, la loi du 7 mars 1925 sur la société à responsabilité limitée, les lois de 1940 et de 1943, de 1953 et la législation des années 1966-1967 (2) ont répété que le régime juridique de la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales était régi par les règles du mandat — salarié ou non.

Or, faire état des règles du mandat implique que deux questions préalables soient résolues, ou tout au moins posées : d'une part, peut-on admettre l'existence d'un mandat au sein du droit des sociétés, — d'autre part la détermination des règles applicables en ce domaine est-elle compatible avec les effets du contrat de mandat.

Nous ne le pensons pas : le mandat a eu originairement une finalité qui lui conférait toute sa valeur : la représentation. Dès lors que des techniques modernes permettent d'y parvenir, le mandat n'a plus de raison d'exister dans le droit des sociétés.

Un rappel sommaire de l'évolution du contrat de mandat permet de situer l'idée de représentation, telle que l'admet notre droit positif.

Le mandat figure dans la Rome antique parmi les contrats usuels. Mais il se caractérise alors par le fait que le mandataire rend un « officium », un service d'ami. Il s'en déduit que par essence, le mandat est gratuit.

Mais le mandant n'intervenant pas à la conclusion du contrat passé entre le mandataire et son cocontractant, ne pouvait être engagé par le contrat ainsi passé, que dans la mesure où le mandataire avait expressément déclaré faire passer sur sa tête les droits ainsi acquis, — tandis que d'autre part, et réciproquement, le mandant s'engageait personnellement à supporter toutes les dettes contractées par le mandataire.

Si la représentation était effective, elle n'en était pas moins qualifiée d'imparfaite : le mandataire, en l'occurrence demeurant tenu des dettes pourtant contractées pour le seul compte du mandant.

(1) Cass. com., 30 mai 1969, *J.C.P.*, 1969.IV.185.

(2) Loi du 24 juill. 1966, art. 246 et 248.

Cette considération permet au mandataire, au Bas Empire, d'obtenir du juge l'évaluation du montant de ses honoraires, — et l'affirmation de son exonération des dettes contractées pour le compte du mandant. Cette évolution rendait la représentation parfaite, conforme à celle admise aujourd'hui.

C'est la recherche de la représentation parfaite, au sein du domaine contractuel, qui devait être à la base de la fortune du contrat de mandat en matière de sociétés.

La représentation était indissociable de la mise en œuvre d'une technique contractuelle, que le mandat remplissait.

4. Il convient de préciser d'ores et déjà que la représentation ne suppose pas *ipso facto* l'existence d'un mandat : relever avec M. Veaux (1) qu'il peut y avoir représentation sans mandat apparaît comme une évidence, — par exemple dans le cas de la gestion d'affaire, — ou lorsque la représentation a une origine légale.

Cette hypothèse couvre notamment le cas de la représentation du mineur par son tuteur ou par son administrateur légal. Une telle observation a pour but de rappeler que le mandat n'est pas la seule voie vers la représentation.

L'exemple du tuteur ou de l'administrateur légal apparaît déterminant, en ce qu'il concerne des personnes chargées d'administrer les biens d'autrui, et de prendre de ce chef des décisions engageant son patrimoine. Il permet de constater que les dirigeants sociaux pourraient donc parfaitement engager la personne morale et ce sans le recours inévitable à un accord de volontés, assimilable ou non au mandat.

Le concept de mandat peut expliquer certains aspects des relations juridiques entre la société et ses dirigeants ; mais une étude basée sur la recherche d'une coïncidence absolue entre deux sortes de rapports aboutit à un sentiment plus hésitant de cette identité.

Le trait dominant de la doctrine moderne est de fuir apparemment le mandat pour proposer comme fondement de la situation des dirigeants sociaux les concepts de profession, d'organe, ou de représentation légale. Mais on peut lui reprocher de ne pas tirer les conséquences légales de ces qualifications, et d'admettre que « ni le législateur, ni les statuts ne définissent d'une manière explicite les fonctions de la direction sociale. Mais de nombreuses dispositions légales... incriminent tel ou tel comportement des dirigeants sociaux, et l'énumération des diverses causes de responsabilité finit par dessiner, à la manière d'un miroir brisé, l'image renversée et fragmentaire des fonctions de la direction sociale » (2).

Dès lors, faute de vouloir codifier et cataloguer les faits domma-

(1) VEAUX, *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, Paris, L.G.D.J., 1948.

Voir aussi Cl. BERR.

(2) P. DIDIER, *Droit commercial*, Thémis, 1970, p. 387.

geables, pour en dresser *a contrario* un « guide » professionnel applicable, les auteurs et la jurisprudence estiment plus aisé de revenir à la notion de mandat.

C'est dire que dans cette première partie, nous allons aborder le premier volet du raisonnement amorcé.

Si le mandat est insuffisant à justifier du statut des dirigeants sociaux, il doit disparaître dans l'analyse de leur responsabilité, — et avec lui toute survivance contractuelle.

Le mandat est inadapté. Il ne reflète ni la nature juridique des fonctions des dirigeants sociaux, ni les contours de leur responsabilité.

Cette première partie sera consacrée à démontrer que l'inadaptation du contrat de mandat est totale, quel que soit l'aspect du statut des représentants légaux envisagé.

Nous pouvons envisager cette inadéquation au regard du statut personnel des dirigeants de sociétés commerciales, et au regard de leurs relations avec la société. Nous opposerons donc l'aspect dynamique des rapports avec la société à la situation statique, aux règles statutaires.

Titre I. — L'inadaptation du mandat dans les rapports entre la société et ses dirigeants.

Titre II. — L'inadaptation du mandat à la situation personnelle des dirigeants sociaux.

TITRE I

L'INADAPTATION DU MANDAT DANS LES RAPPORTS ENTRE LA SOCIÉTÉ ET SES DIRIGEANTS

5. Nous étudierons dans ce titre premier les matières qui opposeront les deux sujets de droit en présence, dégénéralant parfois en conflits.

Ces matières concernent essentiellement l'existence même d'un contrat, les pouvoirs de représentation des organes de direction, et la révocation des organes de direction ; siège de conflits, elles révèlent parfaitement la fragilité de l'analyse contractuelle. Le contrat eût été impuissant à régir harmonieusement une matière qui devait être impérative.

Nous ferons d'abord, dans un chapitre premier une brève incursion dans le domaine des actions en responsabilité, pour en conclure que s'il y a mandat, il y a un mandant de trop.

Nous examinerons ensuite dans un chapitre deuxième l'étendue des pouvoirs de représentation des organes de direction, en observant que le droit positif moderne permet aux prétendus mandataires d'avoir des pouvoirs qui ne doivent rien à la volonté du « mandant ».

Nous concluons enfin, dans un troisième chapitre, en observant qu'ici particulièrement, le mandat perd l'une des raisons historiques qui ont le plus milité en sa faveur.

En effet, à l'origine, l'utilité essentielle du mandat dans le droit des sociétés était constituée par la révocabilité *ad nutum*. La tendance s'est renversée, et désormais, le mandataire classique peut être moins facilement révocable que l'administrateur de société.

CHAPITRE I

L'ÉTUDE DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ ET LE REJET DE L'ANALYSE CONTRACTUELLE

6. Il faut faire une incursion dans une matière traitée en seconde partie. Cela n'est pas sans raisons.

En effet, l'une des faiblesses de la théorie qui fonde le statut des dirigeants sociaux sur le contrat de mandat est la gêne éprouvée à définir le rôle de la société, puis celui des actionnaires.

Si la société est le mandant, dans une telle conception, comment alors expliquer le rôle des actionnaires, ou des associés (1) lorsque la loi leur reconnaît le droit d'agir individuellement pour demander la réparation du préjudice social dans son ensemble ?

C'est-à-dire, que par un cheminement qui peut sembler irrespectueux de la chronologie, il faut étudier une situation qui se situe à l'issue des relations entre société et organes de direction, pour en tirer une règle de droit applicable au moment de l'entrée en fonctions de ces derniers.

C'est l'étude de l'action sociale exercée *ut singuli*. Elle permettra de relever une dualité de « mandants », difficilement acceptable.

Il faut donc définir l'action sociale *ut singuli*, rechercher le fondement du pouvoir d'agir de l'actionnaire, et en tirer la conclusion que celui-ci bénéficie d'un *pouvoir légal, exclusif de la qualité de mandant*.

Il faudra ensuite citer le tournant décisif pris en la matière : c'est-à-dire l'exclusion définitive des techniques propres à la responsabilité contractuelle.

Quatre sections seront donc consacrées à la promotion de l'action sociale *ut singuli*, aux explications du pouvoir individuel d'action des actionnaires, à la confirmation du pouvoir légal de ces derniers, à la fin de l'impunité des dirigeants sociaux.

Section I. — *La promotion de l'action sociale « ut singuli ».*

Section II. — *Les tentatives de justification du pouvoir de l'actionnaire par le mandat.*

(1) Le sort de la Société à responsabilité limitée renforce l'analyse opérée relativement aux sociétés anonymes.

Section III. — La confirmation législative des droits de l'actionnaire.

Section IV. — La fin de l'impunité d'origine contractuelle.

SECTION I

LA PROMOTION DE L'ACTION SOCIALE EXERCÉE « UT SINGULI »

7. En supposant qu'il y ait un mandat à la base des rapports liant la société et ses dirigeants, comment expliquer alors l'existence de l'action sociale exercée à titre individuel, ou « ut singuli » ?

La loi a mis en œuvre, dès 1867, par son article 17 une action sociale, destinée à sanctionner la responsabilité des dirigeants sociaux et à obtenir réparation du préjudice subi *par la société*.

Par une construction prétorienne, destinée à lutter contre des abus auxquels il a été mis fin en 1937, la jurisprudence a permis à l'actionnaire d'une société anonyme d'exercer à titre individuel l'action sociale, mais elle a limité le montant de la réparation qui était alloué à cet actionnaire à la perte qu'il avait personnellement subie.

Cette action est étudiée de façon beaucoup plus précise dans la seconde partie de cette étude (1), et il importe pour l'instant d'en dégager la situation en droit positif.

Il faut donc accorder crédit aux affirmations qui précèdent, et considérer comme acquis, dans le droit antérieur à la réforme de 1966, que l'actionnaire avait le droit d'obtenir réparation à titre individuel, du préjudice subi par la société, dans la proportion de sa mise.

Ceci admis, le problème s'était posé du fondement de cette action. Si les dirigeants de la société étaient des mandataires, comment justifier ce pouvoir des actionnaires pris isolément, sans les considérer à leur tour comme des mandants ?

Les actionnaires peuvent donc, délaissant l'exercice de l'action individuelle, qui leur appartient lorsque le préjudice leur est personnel, mettre en mouvement l'action appartenant à la société.

L'étude de l'action sociale suppose que le préjudice subi par la société se répercute individuellement sur chaque associé ou chaque actionnaire (perte de valeur de titres cotés en bourse, perte d'un bien composant l'actif social, etc...).

Il est admis généralement que l'action individuelle s'efface ici devant l'action sociale, — sous réserve bien entendu que les administrateurs coupables ne se soient pas assurés une confortable majorité à l'assemblée chargée de statuer sur les comptes sociaux, ou sur les conséquences désastreuses de leur gestion.

(1) Voir *infra*.

C'est dans de telles hypothèses qu'a prospéré historiquement l'action sociale *ut singuli*, les droits individuels de l'actionnaire étant indépendants de ceux de la majorité.

Sans parler ici encore des diverses prohibitions statutaires d'exercer une action à l'encontre des administrateurs (prohibitions dont le sort fut réglé par une disposition législative relativement récente (1), il suffit d'évoquer les obstacles mis par les adversaires de l'action *ut singuli* à son exercice.

Ces auteurs observaient que l'action sociale était une action contractuelle, découlant du contrat de mandat existant, et que par tant, les actionnaires ne pouvaient s'en prévaloir. Peut-on décider brutalement que ces auteurs étaient dans l'erreur ? Quelle que soit la vigueur conférée à l'impératif de protection des actionnaires qui préside à l'ouverture de cette action, peut-on éloigner sans remord tous les arguments avancés par cette doctrine (2), qui se fonde sur le fait que l'action *mandati* est le corrolaire du préjudice subi par le seul mandant.

Pour ces auteurs, deux hypothèses sont seules concevables : ou bien les administrateurs, préalablement qualifiés de mandataires, sont les mandataires de la société, — ou bien ils sont les mandataires de l'ensemble des actionnaires (3). En tout état de cause, chacun s'accorde à admettre que ces administrateurs ne sont pas les mandataires de chaque actionnaire : le mandant ne peut être alors de l'opinion unanime que la personne morale, ou encore que la collectivité des associés ou actionnaires (4).

Comment admettre dès lors l'exercice de l'action sociale *ut singuli*, sans poser en conséquence directe que chaque actionnaire puisse se prévaloir de l'exécution défectueuse d'un mandat qu'il ne peut avoir conféré ?

Il nous semble que devant une telle difficulté, les auteurs en présence auraient dû douter de la notion de mandat, et la remettre en question.

Ils auraient dû remarquer que la difficulté à expliquer l'action sociale *ut singuli*, et le pouvoir qui en découle pour l'actionnaire, provenait justement de la détermination de la personne du mandant.

Et pourtant, toutes les explications proposées par la doctrine pour justifier le droit d'agir individuellement de l'actionnaire gravitent autour de l'idée de mandat.

(1) Décret-loi du 31 août 1937. Cf. SOLUS, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935-1937*, n° 188 et s.

(2) THALLER et PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial et des sociétés commerciales*, t. III, n° 1567 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1368 ; LABBÉ, note S., 1885.1.97.

(3) GUY CHESNE, « L'exercice de l'action sociale *ut singuli* dans la Société anonyme », *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 351 et s.

(4) Le mandant serait « l'assemblée ordinaire des actionnaires ». Note M. G. sous Cass. com., 21 juill. 1969, *Rev. soc.*, 1970, p. 467.

SECTION II

LES TENTATIVES DE JUSTIFICATION DU POUVOIR
DE L'ACTIONNAIRE PAR LE MANDAT

8. La doctrine classique, essayant de justifier le pouvoir de l'actionnaire d'agir socialement *ut singuli* n'a donc pas pu se résigner à quitter la théorie du mandat pour expliquer les rapports entre société et dirigeants. Encore fallait-il qu'elle y pense.

Lorsque l'actionnaire agit en vertu d'un pouvoir qui lui est attribué en propre, un double fondement est généralement évoqué : la technique du mandat apparaissant tantôt dédoublée, tantôt simplifiée par la méconnaissance de la fiction de la personnalité morale.

Nous envisagerons dans un paragraphe premier l'exposé des théories en présence, puis nous procéderons à la critique de ces théories en démontrant leur insuffisance.

§ 1. — Théories en présence

1^o *Le dédoublement de la notion de mandat.*

9. Un auteur (1) a soutenu avec beaucoup d'habileté que l'action sociale exercée *ut singuli* est fondée sur le contrat de mandat, conféré par l'actionnaire à la personne morale, à son entrée dans la société, — mandat de faire prospérer le montant de ses apports.

Dès lors, en vertu de ce mandat, la personne morale conférerait elle-même à son tour mandat à ses administrateurs, formule imposée par la loi. En conséquence, *par la superposition de ces deux mandats*, et en vertu d'un phénomène de représentation minutieusement décrit, l'actionnaire est censé avoir donné mandat directement à l'administrateur ; ceci explique pour cet auteur l'action exercée individuellement (2). Par l'exercice de cette action, identique à celle de la société, qui ne l'exercerait donc que pour le compte des actionnaires, s'explique pour l'auteur l'extinction du droit de la personne morale à agir en réparation du préjudice correspondant à la part de capital de l'actionnaire.

Face à cette analyse, qui ne retenait pas les suffrages de la doctrine et de la jurisprudence, un autre fondement était recherché.

(1) J. PERROUD, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires*, thèse Lyon, 1901, p. 72 et s.

(2) J. PERROUD, « La condition de l'actionnaire », *Etudes Ripert*, t. II, p. 324.

2° *La négation de l'effet interne de la personnalité morale.*

10. Pour les tenants de cette thèse, la personnalité morale n'est que le fruit d'une fiction, qui ne doit revêtir qu'un aspect actif et positif dans la situation patrimoniale des actionnaires. En d'autres termes, la fiction grâce à laquelle est octroyée à la société la personnalité morale ne peut en aucune façon desservir les membres de la société, — et elle doit s'effacer dans les rapports internes (auxquels ne participent pas les tiers). C'est le rappel de la distinction célèbre de Thaller (1) adaptée pour les besoins de la cause, — et dont on peut conclure que les actionnaires peuvent se servir de cette fiction, comme la rejeter si elle leur impose une obligation (2). En conséquence, la suppression pure et simple de cet intermédiaire que constituait la personne morale entraînera pour l'actionnaire le droit de se servir de l'action *mandati*, d'essence contractuelle.

Dans les deux justifications proposées, pour maintenir l'explication du mandat, les auteurs sacrifient la consistance de la personnalité morale, en la réduisant d'abord à la fonction relais. ensuite en lui ôtant toute portée dans les rapports des membres et des organes de la collectivité.

Cependant, les théories précédemment exposées ont fait l'objet de critiques pertinentes.

§ 2. — Faiblesse de la technique du mandat

Ces deux analyses doivent être rejetées, — car la technique du mandat permet ici de vérifier ses faiblesses.

1° Théorie du double mandat.

11. En ce qui concerne la thèse formulée par M. Perroud, ou théorie du double mandat, il faut admettre que le contrat de mandat se révèle ici insuffisant à expliquer le principe même de l'existence d'administrateurs. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté, issu d'une conception contractuelle de la société, est battu en brèche par une constatation formelle, savoir que le législateur impose pour le fonctionnement de la société commerciale l'existence d'un conseil d'administration, d'un gérant, ou d'un directoire selon le cas. En matière de société anonyme, notamment, l'organisation des fonctions de direction a été renforcée par l'article 1^{er} de la loi du 16 novembre 1940 (3). Il en résulte à l'évidence que le caractère

(1) THALLER et FERCEROU, *Traité de droit commercial*, 8^e éd., nos 315 et 5; BASTIAN, *Etudes de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, p. 26 et s.

(2) LACAN, *Rev. soc.*, 1946, p. 223; HOUPIŒ et BOSVIEUX, *Traité des sociétés*, t. II, n° 1368.

(3) Cf. BARBRY, *Le régime actuel de l'administration des sociétés anonymes*, thèse Paris, 1943 p. 68 et s.

autoritaire et impératif de ces textes ne saurait être mis en jeu, et encore moins en doute. La liberté contractuelle, qui traditionnellement permet de contracter ou non, et de surcroît de déterminer ou non à son choix le contenu du contrat, est totalement étrangère à la matière.

Il existe des organes chargés de la gestion et de l'administration : ils doivent accomplir la destinée de la société conformément à l'objet social — voire au-delà (1), sans que personne ait à fixer les modalités affectant le prétendu mandat ainsi énoncé. Dès lors, s'agissant de l'existence même d'administrateurs, ou de dirigeants en général, le législateur impose aux personnes morales d'être gérées ou administrées : la Cour suprême ne s'y est pas trompée. Elle décidait d'abord : « qu'il n'appartient pas à une assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil d'administration (2) » et ensuite « il n'appartient pas à une assemblée générale de réparer par une ratification ultérieure, le vice entachant la nomination du président-directeur général » (3).

La personne chargée de l'administration de la gestion et la direction de la société se trouve ainsi « bénéficiaire » (4) d'un statut réglementaire : le mandat est étranger à toute attribution de ses pouvoirs, et par voie de conséquence, le mandant, — qui ne pouvant limiter le contenu de la délégation de pouvoirs, ne peut davantage se refuser à l'octroyer — l'est aussi.

Pour rejoindre M. le Doyen Ripert, il faut alors prononcer le mot qui affleure aux lèvres : ce « mandataire » est en réalité un organe exerçant une fonction (5).

On se trouve face à un statut légal (6), formé par l'ensemble des règles édictées par la loi relativement aux administrateurs en ce qui concerne leur nomination, leurs pouvoirs, la durée de leurs fonctions, et l'aménagement de leurs responsabilités. Il apparaît dès lors impossible de ne pas évoquer les termes de la pensée du doyen Roubier (7) à propos de la coexistence d'un statut légal et de règles contractuelles. La distinction selon laquelle le statut légal constitue une situation juridique « primaire », tandis que le contrat constitue la situation juridique « secondaire » bâtie sur les fondements même de la première. A supposer même que l'on puisse admettre une coexistence entre les règles contractuelles et les normes

(1) Ord. du 20 déc. 1969, art. 3, 4, 5, *J.O.*, 28 déc. 1969, p. 12679.

(2) Cass. civ., 4 juin 1946, *J.C.P.*, 1947, note Bastian ; S., 1947.1.153, note Barbéry.

(3) Cass. crim. Ch. com., 31 janv. 1968, D., 1968.J.321 (cooptation par un administrateur demeuré seul de 2 autres administrateurs, qui l'avaient élu président-directeur général).

(4) G. CHESNE, *op. cit.*, p. 357.

(5) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., n° 41 ; A. PIROVANO, Cours polycopié *Droit commercial*, p. 374 ; FLOUR, *Cours de droit civil*, 2^e année, p. 593 et s.

(6) B. PIÉDELIEVRE, *J.C.P.*, 1968.I.2205, n° 14.

(7) ROUBIER, *Le droit transitoire*, n° 84, p. 423.

légales, il apparaît évident que les premières n'auront, à les supposer suffisamment implantées par rapport aux secondes, qu'un rôle de subsidiarité.

Seul le contrat permet au contractant le plus fort de dicter sa loi. Les dirigeants, contrôlant la société, auraient pu aménager leur impunité, ou accroître leurs pouvoirs, par l'insertion aux statuts de clauses adéquates. La réaction législative des années 1937-1940 démontre qu'il est faux de parler de contrat de mandat pour qualifier les relations entre la société et ses dirigeants.

L'explication du double mandat est donc artificielle : les dirigeants sociaux obéissent non aux ordres d'un mandant, quel qu'il soit, mais aux impératifs découlant de leur statut légal. Partant, les actionnaires ne peuvent pas donner à la société un mandat d'appliquer des structures légales : ce mandat serait parfaitement inutile.

Enfin, si réellement il existait un double mandat, tel que décrit par M. Perroud, il serait loisible aux actionnaires de le révoquer à tout moment, sans inconvénient pour eux. Cette analyse est donc à écarter, parce qu'elle repose sur le contrat de mandat.

Il en est de même de la deuxième théorie proposée.

2° Théorie de l'effet interne de la personnalité morale.

12. Pour justifier le droit de l'actionnaire à agir seul, il avait été fait appel à la négation de tout effet de la personnalité morale de la société dans les rapports dits « internes » (1), ce qui permettait alors aux actionnaires, ou associés, de la méconnaître afin de se prévaloir d'un mandat leur réservant un droit propre.

Cette explication n'a pas davantage retenu l'assentiment des auteurs modernes, et plus récemment du législateur de 1966.

Les critiques adressées à cette justification s'articulent en deux propositions : la première concernant la notion même de personnalité morale, la seconde relative aux conditions mêmes de la constitution de la société.

A. — En ce qui concerne la notion même de personnalité morale, déjà, antérieurement à la loi du 24 juillet 1966 et au décret du 23 mars 1967, de nombreux auteurs avaient soutenu que si la personnalité morale n'était que la manifestation technique d'une fiction, cette fiction ne voyait pas ses effets restreints à des rapports limités aux tiers (2).

Une extension de la notion de personnalité morale s'imposa rapidement avec une intensité qui surprit (3). Le terme de cette évolution commencée pour les sociétés anonymes avec la loi du 24 juil-

(1) THALLER et PIC, *op. cit.*, n° 1568.

(2) GUY CHESNE, *op. cit.*, p. 355.

(3) WALINE, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., 1950, p. 169 ; LEVASSEUR, D.P., 1954.J.217, sous Cass., 28 janv. 1954 précité.

let 1867 se révéla avec l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954 (1), aux termes duquel la personnalité morale « appartenait en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés ».

A cette promotion très applaudie (2), ou décriée, s'ajoutait un élément technique : la conception même de la personnalité morale « s'objectivait », se détachant du contexte subjectif et contractuel qui avait présidé à sa naissance.

La conception même de Thaller d'une scission entre personnalité interne et externe se révélait déjà dépassée.

12. Mais la loi du 24 juillet 1966 allait renverser toutes les données techniques, sans toutefois inverser la tendance à l'objectivation de la notion de personnalité morale.

En effet, aux termes de l'article 5 de cette loi, « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au Registre du commerce ». Cette disposition apparaît d'autant plus exorbitante, qu'elle est seulement applicable en matière de sociétés commerciales et de groupements d'intérêt économique — la liberté et l'absence de toute formalité présidant encore à la naissance de la personnalité morale pour les sociétés civiles.

Ces dernières demeurent alors dans le champ d'application des volontés individuelles qui ont favorisé leur éclosion. En revanche, d'une manière aujourd'hui définitive, il apparaît que la personnalité morale des sociétés commerciales est formée, de façon irréversible, par l'immatriculation de la société au registre du commerce. L'accomplissement de cette formalité vide alors de tout son contenu la distribution d'une personnalité interne, ne s'imposant pas aux associés ou actionnaires, et d'une personnalité externe, ne concernant que les rapports avec les tiers (3).

Cela entraîne nécessairement l'évocation du problème de la terminologie utilisée par le législateur lorsqu'il a parlé « de la jouissance de la personnalité morale » — à telle enseigne que plusieurs questions posées aux rédacteurs du texte aboutirent à la même affirmation (4) : en parlant de la jouissance de la personnalité morale, on vise « exactement le même fait juridique que celui appelé acquisition de la personnalité morale ».

Enfin, il convient de citer la circulaire du 23 mars 1967 (5) aux termes de laquelle : « désormais, l'immatriculation est l'acte qui confère à la société la jouissance de la personnalité morale. Avant

(1) *J.C.P.*, 1954.II.7978.

(2) Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse, 1956.

(3) Cf. cependant le rapport de M. DOUAREC, n° 1368, I, p. 27. — *Contra* : M. BASTIAN, *Mélanges Cabrillac*, p. 26, *J.C.P.*, 1967.I.2121, n° 138.

(4) Réponse du garde des Sceaux à M. Fanton. Cf. BASTIAN, *loc. cit.*, p. 27.

(5) *J.O.*, 24 mars 1967, p. 2882.

l'immatriculation, il existe une société sans personnalité morale, qui n'est donc pas habile à être titulaire de droits et d'obligations». Il faut donc admettre avec M. Bastian (1) que « la cause est entendue », et que plus que jamais, la personnalité morale est un phénomène qui dépasse la seule volonté des membres de la société. Déjà antérieurement à cette réforme, le même raisonnement était tenu pour les sociétés anonymes (2), par certains auteurs qui observaient que les actionnaires étaient dépourvus de cette *affectio societatis*, support indispensable de la personnalité morale dans les sociétés de personnes (3).

Il s'en déduisait la distinction chère à M. Champaud (4) entre l'actionnaire bailleur de fonds, épargnant, et l'actionnaire « de contrôle », entrepreneur dynamique. C'est dire combien s'éloigne la thèse selon laquelle l'associé ou l'actionnaire peuvent agir à l'encontre des « mandataires sociaux », en exerçant l'action sociale *ut singuli* en vertu de pouvoirs propres issus de la négation volontaire de la notion de personnalité morale.

13. B. — En ce qui concerne les modalités de constitution des sociétés commerciales, la critique se concrétise. Les auteurs les plus classiques observaient en effet, parlant de la société anonyme, qu'il s'agissait d'une véritable institution légale (5).

Les conditions de constitution de la société sont posées de façon autoritaire par la législation en vigueur, de telle façon que l'actionnaire n'apparaît que comme un épargnant, apporteur de capitaux, incapable et peu désireux d'ailleurs de changer ou de modifier les règles d'organisation interne de la société : celles-ci sont élaborées indépendamment des membres de la société.

La personnalité morale de la société s'oppose aux tiers, mais elle s'impose à l'actionnaire ou à l'associé, et ce en dehors de toute volonté restrictive de leur part.

La personnalité morale se détache aujourd'hui du support subjectif de volonté contractuelle, pour être sanctionnée par un fait extérieur objectif, savoir l'immatriculation au Registre du commerce. La fiction devient réalité : elle ne peut plus être effacée par la seule volonté de l'un des membres du groupement.

L'évolution actuelle de la notion de personnalité morale est en harmonie avec les tendances de la réforme du droit des sociétés : la loi de 1966 a été plus loin que la jurisprudence, en consacrant de façon totale le droit pour l'actionnaire d'agir.

(1) « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », *op. cit.*, p. 27 et s.

(2) CHESNE, *op. cit.*, p. 355.

(3) BARBRY, *op. cit.*, p. 63.

(4) *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.

(5) Cf. THALLER, *Perfectionner un organisme*, note D.P., 1893.1.105. Également G. RIPERT, *op. cit.*, n° 46 et 47, encore : AMIAUD, *L'évolution du droit des sociétés par actions*, p. 228 et s.

SECTION III

**LA CONFIRMATION LÉGISLATIVE
DES DROITS DE L'ACTIONNAIRE**

14. L'actionnaire peut exercer l'action sociale individuellement : il tient ce droit de la loi.

La loi du 24 juillet 1966, complétée en cela par le décret du 23 mars 1967 (1) a apporté à l'éventail des actions déjà reconnues une universalité souhaitable. Le texte a étendu à toutes les sociétés la possibilité de groupement reconnue par la jurisprudence sous l'empire de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867.

Mais il en a tiré des conséquences qui ne laissent plus aucun doute sur la nature de l'action : il s'agit d'une action sociale, destinée à réparer un préjudice subi par la société.

Désormais, la loi consacre la solution jurisprudentielle antérieure, savoir qu'un certain nombre d'actionnaires, à la condition de grouper au moins un vingtième du capital social peut intenter une telle action, sans « figurer nominativement » (2) dans la procédure, et étant représenté par un mandataire habilité à cet effet.

La notion de mandat apparaît difficile sinon impossible à mettre en œuvre : à supposer que soient retenues les deux conceptions du double mandat, ou de la fiction de la personnalité morale dans les rapports internes, — aucune des deux n'avait valablement exposé ni expliqué cette possibilité d'un groupement de gens dont la nature est difficile à déterminer, et se situant entre la personne morale et les personnes physiques. Reprenant à bon compte l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 1954 (3), ne pourrait-on alors déclarer que ce groupe d'actionnaires, représentant au moins le vingtième du capital social, pourvu d'une « possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés », — aurait la personnalité morale ? Ce serait ouvrir la voie à d'insolubles problèmes.

Pour l'instant (4), il semble que l'on ne puisse en aucun cas parler de mandat qu'aurait conféré ce groupe anonyme d'actionnaires à des dirigeants sociaux. Or ce groupe est une réalité, puisqu'il est habile à agir en justice, et à défendre de manière organisée des droits légitimes et des intérêts licites. Il n'y a pas place, dans la conception contractuelle du double mandat, ou dans celle de l'effet interne de la personnalité morale, pour un tel groupement.

(1) C'est d'ailleurs essentiellement le décret qui instaure une solution novatrice.

(2) HOUIN et RODIÈRE, *Droit commercial*, 1^{re} année, 4^e éd., 1970, Sirey, p. 173-174.

(3) J.C.P., 1954.II.7978.

(4) L'action sociale *ut singuli* sera examinée plus longuement dans la seconde partie de cette étude. Elle ne présente ici que l'intérêt de démontrer la difficulté de déterminer la personne du mandant, dans la théorie contractuelle.

Certains auteurs, opérant un rapprochement entre cet article 200 du décret du 23 mars 1967, concernant la société anonyme, et l'article 45 du même décret, qui permet à certains associés dans la société à responsabilité limitée, représentant au moins le dixième du capital social, de charger l'un ou plusieurs d'entre eux de soutenir l'action sociale contre les gérants, — ont souhaité que de telles règles soient étendues au cas de violation des dispositions réglementaires régissant les sociétés commerciales.

Mais il a été fort justement observé (1) « qu'une pareille extension ne pouvait résulter que de la loi ».

Cette observation est si vraie qu'il apparaît sous la plume de ces mêmes auteurs que, malgré la constitution de ce groupe d'actionnaires ou d'associés, l'action ne change pas de nature : plus que jamais, elle demeure sociale.

En effet, le texte (2) prévoit que dans les cas visés aux articles 45 et 200 du décret du 23 mars 1967, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux.

Le fait pour l'action, quoiqu'exercée individuellement ou en groupe, de demeurer sociale vient encore conforter la thèse selon laquelle elle n'a pas sa source dans le contrat de mandat. Toutes les conceptions adoptées antérieurement à la loi du 24 juillet 1966 et les textes qui l'ont complétée ou modifiée, raisonnaient en effet sur les deux seules voies admises pour l'exercice de l'action sociale : par les dirigeants sociaux, ou par un actionnaire agissant à titre individuel. La présence de ce groupe de membres de la collectivité n'apporte rien qui conforte la position des tenants de l'analyse contractuelle.

15. Il est certain que ni l'actionnaire ni le groupe d'actionnaires ou d'associés ne peuvent être considérés comme des mandants véritables.

L'intervention du législateur est ici telle qu'elle fait échec au principe suivant lequel « nul ne plaide par procureur », puisque les actionnaires peuvent se faire représenter par un ou plusieurs d'entre eux. Quoique la majorité de la doctrine considère qu'il s'agit davantage d'une particularité « de la demande, que d'une particularité de l'action », il convient de remarquer que le législateur moderne rompt avec la solution traditionnelle élaborée par la jurisprudence de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867.

Celle-ci avait admis, aux termes d'une très lente réflexion, que les membres de la société, bien qu'exerçant l'action sociale, n'étaient néanmoins fondé à agir que dans la mesure « de leurs propres

(1) HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *La réforme des sociétés commerciales — commentaire analytique du décret n° 67-236 du 23 mars 1967*, Dalloz, 1967 ; Paul DIDIER, *Droit commercial*, Thémis, p. 404.

(2) Art. 46 et 201.

intérêts» (1), et à conserver l'indemnité réparatrice accordée, la société ne pouvant recueillir de dommages-intérêts qu'en agissant elle-même (2).

En considérant les actionnaires comme les véritables mandants, cette solution prétorienne pouvait trouver sa raison d'être : le mandant agissait alors directement contre son véritable mandataire, le dirigeant. Il conservait alors le fruit de son action, réparateur d'un préjudice personnel et direct.

Mais le législateur de 1966, suivi par le décret du 23 mars 1967, affirme de façon irréversible le droit légal de l'actionnaire à agir. Libéré de « cet ultime scrupule » (3) du respect de la tradition procédurale, il met fin à cette solution, ordonnant que la société soit régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de « ses représentants légaux ». C'est donc désormais la société qui percevra les indemnités auxquelles lui donne droit l'action sociale. L'actionnaire ou l'associé ne jouent plus que le rôle d'un déclencheur de l'action : ils n'ont plus de droit pécuniaire à défendre.

M. Didier regrette d'ailleurs cet état de choses : selon lui, « on ne voit pas l'intérêt que peut avoir un associé à poursuivre en justice les dirigeants sociaux, si ceux-ci ne sont condamnés qu'à verser une indemnité dans la caisse sociale qui est entre leurs mains » (4).

Cette solution est cependant heureuse : elle confirme l'analyse légale des droits de l'actionnaire, et supprime toute équivoque sur l'hypothétique qualité de mandant de ce dernier.

La loi n'a pas le seul mérite de dissiper définitivement l'équivoque sur la détermination du mandant dans les rapports entre les organes sociaux.

Elle a encore et surtout aboli l'impunité des dirigeants sociaux qui ont abusé des techniques contractuelles pour freiner les actions en justice intentées contre eux.

SECTION IV

LA FIN DE L'IMPUNITÉ D'ORIGINE CONTRACTUELLE

16. La société a été considérée par la doctrine classique comme la véritable mandante devant laquelle les « mandataires sociaux » étaient responsables, — les actionnaires n'étant que des tiers (5).

(1) Cass. civ., 28 juin 1943, D., 1945, p. 120 ; Cass. com., 4 août 1952, J.C.P., 1952.II.7180, note Lescot.

(2) Req., 6 août 1894, D. P., 1895.1.144 ; Civ., 19 mars 1894, S., 1896.1, p. 260.

(3) SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, n° 277, p. 259.

(4) *Op. cit.*, p. 395.

(5) Voir à ce sujet, pour décider que les actionnaires sont des tiers : VAN OMMESLAGHE, *Le régime actuel des sociétés par actions et leur administration en*

Les rapports entre la personne morale et ses organes constituent le domaine d'élection du mandat. Les administrateurs sont ici responsables de leurs fautes de gestion, susceptibles d'intervenir à propos de l'exécution du « mandat » de gestion qui leur a été confié.

Cette responsabilité personnelle en faveur de la société supposerait alors, parce qu'elle serait de type contractuel, une conséquence logique : la possibilité pour les « mandataires » de limiter leur responsabilité, voire de s'en exonérer totalement ou partiellement.

La jurisprudence distingue, quant à la validité de telles conventions, entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. « Tandis qu'elle frappe de nullité les conventions qui suppriment ou limitent la responsabilité délictuelle, elle pose le principe de la validité des clauses d'exonération totale ou partielle d'une responsabilité contractuelle » (1).

La validité de principe des conventions qui suppriment ou limitent la responsabilité que peut engendrer l'inexécution d'un contrat n'a « jamais été contestée » (2) : les atténuations à ce régime de liberté totale procèdent de la faute lourde, assimilable au dol (3).

Si la jurisprudence admet la validité des clauses modificatives de la responsabilité contractuelle, elle annule, en revanche, les conventions d'exonération, totale ou partielle d'une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle. Pour les tribunaux, les règles posées par les articles 1382 et suivants du Code civil sont impératives, d'ordre public, en ce sens qu'elles ne peuvent être modifiées par une convention (4).

Or dans un passé récent encore, sous l'empire des doctrines favorables au mandat, ces limitations à la responsabilité des dirigeants sociaux furent admises, grâce à deux techniques, l'une applicable antérieurement au fait générateur de responsabilité, la seconde postérieure à ce fait fautif.

Les clauses d'avis ou d'autorisation préparaient l'impunité, le quitus la consacrait.

droit comparé, Bruxelles, 1960, p. 545 à 549 ; FASSIER, *La responsabilité civile des administrateurs et la gestion de la société anonyme*, thèse, Paris, 1944, p. 164. *Contra* : BUISSON, *Les actions en justice dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1930, p. 17 ; NOIREL, *Les tendances modernes de la jurisprudence commerciale en matière de sociétés anonymes*, thèse Nancy, 1957.

(1) MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 3^e éd., p. 613, n° 633.

(2) *Ibid.*, n° 634.

(3) Civ., 15 mars 1876.1.337, note Labbé ; D., 1876.1.441, Req., 27 nov. 1934, D.H., 1935.51, *Gaz. Pal.*, 1935.1.6. Cf. également : Civ. 1^{re}, Civ., 5 janv. 1961, D., 1961.340, S., 1961.238, *Gaz. Pal.*, 1961.1270 ; Civ. 1^{re}, Civ., 21 déc. 1964, *J.C.P.*, 1965.II.14005.

(4) Civ. 2^e, Civ., 17 févr. 1955, D., 1956.17 et note P. Esmein ; *J.C.P.*, 1955.8951 et note Rodière ; Civ. 2^e, Civ., 26 nov. 1962, D., 1963.465 et note Borricand ; *J.C.P.*, 1964.II.13710, note De Juglart.

§ 1. — La consécration de l'impunité : le quitus

17. Les administrateurs présentent leurs comptes à l'assemblée générale ordinaire annuelle, à l'occasion de laquelle est généralement voté un quitus pour la gestion et les comptes de l'exercice clos.

Cette institution a été largement entendue, puisque indépendamment d'une information parfois bien mince, il était admis par la jurisprudence que les administrateurs intéressés n'étaient pas exclus du vote (1). Une telle décision contraignait toute personne contestant la gestion couverte par ce quitus à agir en nullité de la décision collective, pour irrégularité formelle, à moins de se placer non plus sur le terrain de la faute de gestion, mais sur celui de la violation de la loi ; ce qui était d'ailleurs inégalement admis par la jurisprudence (2).

Le décret loi du 31 août 1937, modifiant l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867, ôta toute efficacité au quitus, — solution reprise par l'article 246, alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 (3).

La seule utilité du quitus, au cas de démission par un administrateur de ses fonctions, étant de lui permettre la récupération des actions affectées en garantie de sa gestion.

Désormais, le quitus est inopérant : il n'a plus de valeur juridique quant à la mise en jeu des responsabilités encourues. Le droit positif a quitté le contrat pour rejoindre le domaine prohibitif de la loi.

L'impunité ne peut plus être assurée *a posteriori*. Peut-elle encore l'être par anticipation ?

§ 2. — La préparation de l'impunité : les clauses prohibitives

18. On retrouve sous cette terminologie, les clauses dites d'avis et d'autorisation, élaborées par les fondateurs de sociétés, pour se mettre à l'abri, de toute action intempestive ou de tout « chantage » (4). Elles furent détournées de leur finalité première, servant à protéger les administrateurs en freinant automatiquement toute action : la clause d'avis contraignait le demandeur à consulter tel organe déterminé de la société avant que d'agir en justice.

(1) Cass., 29 juill. 1925, D.P., 1926.1.17, note Chéron.

(2) RIPERT et ROBLOT, 6^e éd., p. 700, n° 1378.

(3) « Est nulle et réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de cette action à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui comporte par avance renonciation à l'exercice de ladite action. Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants, ou contre les membres du conseil de surveillance pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

(4) RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 699, n° 1377.

La clause d'autorisation était plus énergique dans ses effets, puisqu'elle contraignait le demandeur à solliciter l'autorisation de telle instance de la société qu'il avait plu aux fondateurs d'indiquer.

La jurisprudence avait admis de telles clauses, en acceptant aussi que l'exercice de ces demandes d'avis ou d'autorisation précède de plusieurs mois les actions en justice (1).

Cette tolérance de la jurisprudence reposait en réalité à l'époque sur la distinction faite *entre l'action sociale*, fondée alors sur la faute contractuelle commise dans l'exécution de leur « mandat » par les administrateurs, et *l'action individuelle* (issue d'un quasi-délit), la première d'essence contractuelle, pouvant se trouver limitée par des techniques restrictives de responsabilité (2). Nous retrouverons cette analyse dans la seconde partie en étudiant les régimes juridiques des actions en responsabilité (3).

L'intervention du décret-loi du 31 août 1937, modifiant l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 laisse un vide dans la construction axée sur la notion de contrat.

Rien dans la technique du contrat ne justifie les rapports existant au sein des sociétés commerciales (4).

Cette opinion est renforcée, lorsqu'on aborde le problème des pouvoirs dont disposent les dirigeants sociaux.

Il faut entendre par pouvoirs les possibilités normales d'engager la société à l'égard des tiers.

Ici encore, la matière n'est plus en rapport avec l'analyse du mandat : elle en est diamétralement opposée.

(1) Trib. civ. Seine, 23 déc. 1935, *Sem. jur.*, 1936.231 ; Civ., 29 juill. 1941, S., 1942.157. Voir LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd. 1943, p. 376.

(2) *Rép. Pratique Dalloz*, V^o Sociétés, n^{os} 3643 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n^o 872 *ter* ; THALLER et PIC, II, n^o 1583 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n^o 1372.

(3) Voir *infra*, p. 214 et s.

(4) RIPERT, DURAND et ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, 4^e éd., p. 579, n^o 1209.

CHAPITRE II

LE POUVOIR DE REPRÉSENTATION DES DIRIGEANTS EXCÈDE CELUI DES MANDATAIRES

19. Dans le domaine délictuel, déjà, la ressemblance entre l'organe de direction et le mandataire n'a jamais été satisfaisante. La responsabilité délictuelle de la personne morale du chef des agissements de ses organes a toujours divergé des solutions retenues en matière de mandat.

Mais, en matière contractuelle, relativement aux engagements conventionnels entre la société et les tiers, l'analyse du mandat a d'abord présenté une utilité, que le droit moderne écarte totalement.

Le dirigeant social engage la société. C'est un fait et une constatation juridique. Le mandataire également, engage son mandant. Cependant, tant la source de l'engagement, que son étendue sont différentes selon le domaine envisagé.

Domaine contractuel ou délictuel se rejoignent donc aujourd'hui, pour constituer un ensemble homogène, où le mandat est étranger.

Deux sections vont donc successivement traiter de la représentation en matière contractuelle, puis en matière délictuelle.

SECTION I

LA REPRÉSENTATION DE LA SOCIÉTÉ EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

20. Il faut examiner les engagements supportés par la personne morale du chef de ses représentants légaux, envers les tiers, et à raison de conventions régulièrement passées.

C'est l'hypothèse la plus proche de celle posée par l'article 1998 du Code civil. Un pouvoir est conféré à l'effet de passer des actes juridiques générateurs d'obligations pour la société, comme dans le contrat de mandat.

Cependant, la source en est différente : convention dans l'une, loi dans l'autre.

Une évolution très sensible s'est produite en ce domaine depuis 1969. Elle s'écarte définitivement de tout critère de type conventionnel, comme l'objet social.

Une première sous-section étudiera le droit antérieur à 1969, et les contradictions des critères conventionnels.

Puis une sous-section seconde, consacrée essentiellement aux réformes apportées par l'ordonnance du 20 décembre 1969, établira l'adoption du critère fonctionnel.

SOUS-SECTION I

LA CONTRADICTION DES CRITÈRES CONVENTIONNELS

21. Nier que la jurisprudence ait primitivement retenu le schéma du mandat pour caractériser les pouvoirs des organes de direction serait vain. En revanche, l'inadaptation du mandat à régir de telles situations s'est accompagnée de contradictions dont la jurisprudence n'a pas toujours triomphé.

Il importe, pour apprécier l'attitude de la jurisprudence, de rappeler les règles découlant de l'article 1998 du Code civil : « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». La jurisprudence soucieuse de préserver en ce domaine du droit des contrats l'autonomie de la volonté, a voulu imposer au mandant, — celui-ci ayant été libre par essence de déterminer le contenu du contrat, — d'en être tenu, — quand bien même ces actes auraient à son encontre des conséquences préjudiciables (1). La seule condition mise à cette obligation étant l'accomplissement scrupuleux par le mandataire des ordres qu'il a reçus dans le cadre précis des limites qui lui ont été tracées.

La même ligne de conduite faisait admettre à la Cour de cassation (2) que « par exception », le mandant n'était tenu des engagements pris par son mandataire au-delà des limites du mandat, que si une équivoque dans les termes de la procuration, ou toute autre circonstance imputable au mandant lui-même, avait provoqué l'erreur des tiers sur les pouvoirs du mandataire.

Il apparaît dès lors que le contrat de mandat, interprété par la jurisprudence, fixe les limites, — lorsqu'il est clair, précis et déterminé, — des circonstances qui permettent au mandataire d'en-

(1) Req., 30 juill. 1895, D.P., 1896.1.312.

(2) Cass. civ., 30 déc. 1935, D.H., 1936.81.

gager son mandant par ses actes, — « même passés en son nom personnel » (1).

La validité des engagements pris au nom de la société envers les tiers permet d'accuser le divorce entre le droit du mandat et celui des sociétés.

La jurisprudence a, dans un premier temps confondu les deux matières. Elle l'a fait, cependant, sans pouvoir éviter les contradictions inhérentes à la coexistence d'un droit contractuel et d'un droit statutaire.

Elle conférait valeur juridique aux statuts de la société, en imposant aux tiers de connaître l'objet social, alors que par ailleurs, elle imposait aux tiers l'ignorance des clauses limitatives des pouvoirs des dirigeants.

§ 1. — L'opposabilité aux tiers de l'objet social

22. La jurisprudence française a, dans un premier stade, consacré une conception contractuelle : la société limitait les pouvoirs de ses « mandataires sociaux », en vertu de l'objet social.

Cet objet social, propre à chaque société de façon spécifique, était alors assimilé aux limites de l'action du mandataire dans le contrat de mandat, en vertu du principe de spécialité des personnes morales.

Les arrêts les plus anciens, rendus sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, décidaient déjà que la société anonyme n'était pas engagée si ses administrateurs excédaient ou méconnaissaient les restrictions, — légalement publiées — apportées à leurs pouvoirs (2).

Il fallait donc, pour que cette limite soit effective, qu'une publicité intervienne. Mais on se trouvait alors dans le cas de tous les contrats soumis à publicité : c'est le contrat, parce qu'il est publié, qui conditionne les droits des tiers.

Il en était déduit que les statuts, régulièrement publiés font la loi, même à l'égard des tiers, les engagements contractés par le directeur, ou le conseil d'administration, en dehors de leurs pouvoirs statutaires, devant donc être considérés comme nuls (3).

Ce régime juridique, sanctionné par la nullité se rapprochait de la technique posée par la doctrine anglosaxonne de l'*ultra vires*, aux termes de laquelle, est nul et de nul effet tout acte accompli manifestement pour le compte de la société, s'il ne rentre pas dans les limites des objets indiqués dans les statuts, ou

(1) Req., 17 nov. 1856, D.P., 1857.1.58.

(2) Trib. com. Seine, 13 déc. 1886, *Rev. soc.*, 1887.154 ; 17 janv. 1888, *Rev. soc.*, 1888, p. 169 ; *Pandectes françaises*, V^o Société, n^o 10311.

(3) Trib. com. Seine, 13 juill. 1885, *Rev. soc.*, 1885.629 ; Paris, 2 déc. 1886, *Rev. soc.*, 1887.19 ; Trib. com. Seine, 25 nov. 1889, *Rev. soc.*, 1890, p. 49. Plus nettement : Paris, 1^{er} juin 1966, *Bull. inf. sociétés*, 1966, p. 323.

connexes à ces derniers, même si les membres ont déclaré vouloir ratifier (1).

Cependant, la particularité du système britannique tient surtout à l'impossibilité de ratifier, opposée à celle réservée au mandant en droit français, par l'article 1993 du Code civil (2).

La jurisprudence française adoptait ici une position moins brutale que le droit anglais, puisqu'elle ne prononçait la nullité qu'en l'absence de ratification, — à moins qu'elle ne se contente de l'impossibilité (3).

23. Les premières contradictions, la première manifestation de confusion engendrées par l'application aux sociétés d'un droit de type contractuel apparurent en présence d'un conflit entre deux dispositions généralement insérées aux statuts.

Face à l'objet social, en effet, on trouve dans les statuts des sociétés la clause attribuant aux administrateurs, ou au gérant « les pouvoirs les plus étendus ».

Les tribunaux, à la recherche de critères sûrs, donc objectifs, donnèrent la priorité à celui de l'objet social (4).

De tels conflits étaient aisément prévisibles : conférer aux statuts, à la condition d'être publiés régulièrement, effet à l'égard des tiers allait entraîner une incertitude propre à l'interprétation des contrats.

Une décision du Tribunal de la Seine, au comble de l'incertitude, avait même élaboré une subtile distinction entre « l'objet social essentiel », et l'objet social « facultatif », ce dernier pouvant subir quelques privautés de la part des administrateurs, alors que le premier demeurerait intangible (5).

L'intervention de la législation de 1966 allait décevoir les espoirs de ceux qui souhaitaient l'adoption de mécanismes objectifs :

(1) « La réforme du droit des sociétés en Grande-Bretagne », J. A. HORNBY, *Rev. trim. dr. com.*, 1949, p. 12.

(2) Cass. civ., 1^{er} juin 1965, *Bull. cass.*, Ch. civ., 1965, 1^{re} partie, p. 268, n° 363 : achat d'un yacht, non prévu par l'objet social mais dont la société s'est toujours considérée comme propriétaire.

Sur la possibilité de ratification, voir Cass. com., 26 janv. 1970, *Bull. civ.*, IV, n° 31, p. 32, obs. Houin ; *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 720.

(3) Paris, 1^{er} avr. 1936, *Rev. spéc. soc.*, 1937, p. 737 ; Douai, 7 juill. 1960, *Journ. des agréés*, 1962, p. 227 ; Trib. gr. inst. Béthune, 16 févr. 1960, *J.C.P.*, 1961.II.12049, à propos de la nullité d'un cautionnement par le gérant en qualité de la dette personnelle d'un associé, — *a contrario*, voir Grenoble, 8 mai 1961, *Journ. spéc. soc. act.* du 14 avr. 1962, p. 5 : le gérant a le pouvoir de compromettre, si les actes rentrant dans le cadre de l'objet social. Paris, 1^{re} Ch. supp., 14 mars 1957, S., 1957.I.151. *Contra* : Paris, 4^e Ch., 12 juin 1958, *Journ. spéc. soc. act.* du 9 déc. 1958, p. 5.

(4) Cass. Req., 28 juill. 1936, *Rev. spéc. soc.*, 1938, p. 38.

(5) 3 mai 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.2.93. Confirmé par Paris, 14 mars 1957, précité. Cette juridiction définissait l'objet « essentiel » celui dicté directement, et de façon originale (exploitation d'une mine déterminée), — alors que l'objet facultatif serait : toute entreprise entant dans la même catégorie, et intervenant postérieurement.

« il résulte des articles 14 (1), 49 (2), et 93 et 113 (3) que les dirigeants sociaux peuvent agir au nom de la société dans la limite de l'objet social qui peut être défini comme l'activité de l'entreprise telle qu'elle est définie par les statuts » (4).

Les auteurs, qu'ils aient écrit avant la loi de 1966 (5) ou après cette dernière (6) s'accordaient donc à constater que l'objet social demeurerait « le fondement du pouvoir de gestion », c'est-à-dire « une notion-clé ».

Il en résultait une obligation pour tiers de prendre connaissance de l'objet social, c'est-à-dire des statuts : l'activité réellement exercée pouvant se révéler trompeuse.

Ce système subjectif était d'autant plus incompréhensible que le législateur ôtait par ailleurs toute valeur juridique aux statuts : il déclarait inopposable aux tiers toute clause restrictive des pouvoirs des gérants dans la société à responsabilité limitée.

§ 2. — L'inopposabilité aux tiers des restrictions des pouvoirs des dirigeants

24. Vérité en deçà, erreur en delà.

Les actes passés en contravention de l'objet social peuvent être nuls, ou inopposables, — alors que les clauses statutaires restrictives des pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers, mais pas nulles, — bien que les statuts contiennent l'un et les autres.

L'analyse marginale du droit de la société à responsabilité limitée permet de mieux sentir combien la construction est illogique.

C'est par la loi du 7 mars 1925 que le législateur apporta à la question un élément de systématisation : l'article 25 disposait : « sauf stipulation contraire des statuts, les gérants ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société. Toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers ».

Au régime précédent fondé sur la publicité des statuts, le législateur substituait un système impératif. Il renversait la jurisprudence ancienne de l'efficacité de la publication (7).

Mais il ne le faisait que pour les clauses restrictives des pouvoirs, sans trancher dans son entier le problème des pouvoirs des organes, pourtant si confus.

(1) Société en nom collectif, société en commandite simple.

(2) Société à responsabilité limitée.

(3) Société anonyme de type classique, et à directoire.

(4) A. PIROVANO, *Cours de droit commercial*, t. X, polycopié, p. 429.

(5) Claude BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés anonymes*, Sirey, 1961.

(6) J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », S., 1967.

(7) GAIN et DELAISI, *Guide formulaire des soc. com.*, 6^e éd., p. 409, Voir note 1, p. 38 *supra*.

25. L'évolution de la société anonyme n'allait pas manquer de compliquer encore ce problème.

De telles clauses se présentaient en effet, à propos des rapports entre l'administration et la direction, spécifiques au droit des sociétés par actions.

Cette distinction, originale et propre au droit français (1), s'est élaborée par stratification. La loi du 24 juillet 1867 ne distinguait pas la direction de l'administration, mais une incompatibilité organique se révéla très vite, entre la structure collective du conseil d'administration, et l'unité souhaitable d'une direction.

Très vite, la doctrine en arriva à voir le président du conseil d'administration un mandataire « substitué » du conseil d'administration (2). On juxtaposa au mandat conféré (suivant la philosophie en vigueur alors) aux administrateurs par les actionnaires, celui que conféraient les administrateurs à leur président.

Le courant de restructuration qui a marqué le régime de Vichy vint formaliser, en l'accentuant, cette évolution hiérarchique : la loi du 18 septembre 1940 (3), celles du 16 novembre et du 4 mars 1943 ont posé un dualisme dans l'organisation fonctionnelle de la société, — sans toutefois fournir un critère objectif de l'acte d'administration, ou de l'acte de direction, — « bien près de se confondre » (4).

La loi du 16 novembre, par son article 2, modifié ensuite par l'article 13 de la loi du 4 mars 1943, disposait qu'aucun membre du conseil d'administration, autre que le président et le directeur général ne pouvait être investi de fonctions de direction générale dans la société. Une telle interdiction était considérée comme générale (5).

En conséquence, le conseil d'administration, qui avait été investi par la loi du 24 juillet 1867 d'un pouvoir de direction extrêmement large et imprécis, se voyait confiné quant à l'administration « externe de la société » à un rôle de contrôle et d'orientation générale (6).

Nonobstant cette spécialisation fonctionnelle, le législateur des années 1940 n'a pas repris, pour la société anonyme les règles qu'il avait posées en 1925 pour la société à responsabilité limitée : s'il existait dans les statuts de la société anonyme des limitations aux pouvoirs des organes de direction (7), elles étaient parfaitement opposables aux tiers, à la condition traditionnelle d'être publiées.

(1) DJIAN, *Contrôle de la direction des sociétés par actions dans les pays du Marché commun*, p. 99 et s. ; NOIREL, *op. cit.*, p. 259 et s., n° 371 ; BASTIAN, *J.C.P.*, 1968.I.2183, nos 462 et 468.

(2) RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 1160, p. 557.

(3) Immédiatement abrogée d'ailleurs.

(4) BOSVIEUX, *La loi nouvelle sur l'administration et la direction des sociétés anonymes*, n° 9, p. 21. Voir NOIREL, *op. cit.*, p. 238.

(5) GAIN et DELAISI, *Guide formulaire des sociétés commerciales*, p. 283.

(6) GAIN et DELAISI, *loc. cit.*, p. 297, n° 369.

(7) C'est-à-dire désormais le président du conseil d'administration, et le directeur général.

Paradoxalement, le droit des sociétés anonymes allait alors à contre courant d'une évolution nécessaire.

L'effort de structuration laissait subsister de ce fait la théorie du « mandataire substitué », et la possibilité en découlant de limiter régulièrement les pouvoirs du mandataire.

La jurisprudence amorça alors une œuvre de construction : partant de la spécialisation, elle en fit une séparation des pouvoirs rigide.

26. L'arrêt *Motte* (1) constate que la société anonyme a évolué dans le sens « d'une institution de droit privé, c'est-à-dire un groupement, réuni dans l'intérêt commun, en vue de réaliser une idée mère, par le moyen d'une organisation permanente, dans laquelle, en vertu d'une réglementation légale, chacun des organes sociaux a une fonction déterminée dont on ne peut le priver, et à laquelle il ne peut renoncer » (2).

C'est ici que se révèle la différence fondamentale entre une conception contractuelle et une conception institutionnelle du droit des sociétés : le mandant, dans le contrat, pouvait limiter l'étendue des pouvoirs du mandataire, les supprimer partiellement ou totalement, — en vertu d'un principe d'autorité subjective.

C'est en revanche au nom d'une hiérarchie objective, indépendante de la volonté de ses sujets, que sont répartis les pouvoirs dans l'interprétation que fit l'arrêt *Motte* des textes de 1940 et 1943.

La jurisprudence, dans le silence des textes relatifs à la société, tenta d'élaborer un système voisin de celui consacré par la loi pour les sociétés à responsabilité limitée : elle a essayé de briser l'emprise du conseil d'administration sur les organes de direction.

Ainsi la Cour d'Angers (3), puis la Cour de Paris (4) s'empressèrent de constater les pouvoirs propres du président, nonobstant toute volonté contraire du conseil d'administration, et rejette le critère du « domaine éminent » (5) réservé au conseil, lui conférant en quelque sorte une compétence concurrente pour certains, supérieure pour d'autres, à celle octroyée au président par l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940.

L'influence de l'arrêt *Motte* est apparue ici certaine, « Autrement dit, l'organe supérieur n'a pas le droit d'empiéter sur les prérogatives de l'organe inférieur, et inversement » (6). Il faut donc ad-

(1) Cass. civ., 4 juin 1946, S., 1947.1.153, note Barbry ; *J.C.P.*, 1947.II.3518, note Bastian.

(2) J. LEBLOND, « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration et du président-directeur général, et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. Pal.*, 1957.1, Doctr. p. 29 et s.

(3) 7 déc. 1949, *Sem. jur.*, 1950.II.5545, note Bastian ; *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 238.

(4) 17 juill. 1950, *Gaz. Pal.*, 1950.2.291 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 847.

(5) JAUFFRET, *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 848.

(6) LEBLOND, *op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 1957.1, p. 29 et s.

mettre que dès lors ce principe est « valable aux quatre échelons de la hiérarchie » (1).

Il faut admettre qu'avec l'évolution du principe hiérarchique dans la société commerciale, et plus particulièrement dans la société anonyme, — le principe de supériorité d'un organe sur le suivant n'est plus absolument fondé sur l'idée de domination et peut s'analyser en un *schéma de partage des compétences*.

Il a donc fallu, pour aménager l'inopposabilité des restrictions aux pouvoirs des dirigeants de la société anonyme, que le principe de spécialisation prenne l'importance qu'il a aujourd'hui.

C'est le principe même de spécialisation qui a conduit les tribunaux à accueillir d'un œil sévère les restrictions statutaires aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

Il a fallu attendre qu'intervienne la loi du 24 juillet 1966 pour aligner sans équivoque la société anonyme sur la société à responsabilité limitée.

27. Le législateur de 1966 a frappé d'inopposabilité aux tiers les clauses des statuts limitatives des pouvoirs des administrateurs (2). Il a également frappé de la même inopposabilité les restrictions apportées par le conseil d'administration ou par les statuts aux pouvoirs du président du conseil d'administration (3).

En 1966, donc, la société était engagée par tous les actes entrant dans l'objet social, même s'il s'agissait d'actes passés au mépris de clauses limitatives des pouvoirs du gérant ou des administrateurs.

Dans les rapports entre société et tiers, donc, les statuts avaient valeur juridique dans un cas, absence d'effet dans l'autre. On pouvait exiger du tiers qu'il connaisse les statuts avant de s'engager, afin de vérifier l'objet social. Mais il était en droit de prétendre les ignorer au cas d'existence de clauses limitatives des organes de direction. Les deux domaines (objet social, limitation conventionnelle des pouvoirs) conservent certes un effet dans les relations internes : la violation de l'un ou des autres engendrera sans doute une responsabilité personnelle du dirigeant social contrevenant.

Mais cette objection ne peut être déterminante pour que soit retenue l'analyse du mandat : la représentation légale connaît aussi des excès de pouvoirs, également réprimés. Il faut donc écarter les critères conventionnels, pour ne retenir que les critères fonctionnels.

(1) DJIAN, *Contrôle et direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun*, p. 118, n° 242.

(2) Art. 98, L. 24 juill. 1966. Cet article a subi deux modifications, par l'art. 14 de la loi du 12 juill. 1967, puis par l'ord. du 20 déc. 1969.

(3) Art. 113, al. 3, devenu l'al. 4 à la suite de l'intervention de l'ord. du 20 déc. 1969.

SOUS-SECTION II

L'ADOPTION DES CRITÈRES FONCTIONNELS

28. Sous l'impulsion européenne, est intervenue l'ordonnance du 20 décembre 1969 (1), dont l'article 2 prévoit que « la société est engagée même par les actes du gérant ne relevant pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet, ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, — étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve » (2).

La même disposition est applicable à la société anonyme : au président directeur général (3), au conseil d'administration (4) et au directoire (5).

Elles reprend, partiellement, les termes de la Directive du 9 mars 1968 du Conseil des Communautés européennes. Cette adoption partielle va cependant laisser au droit positif une allure inachevée.

C'est ce qu'il convient d'examiner dans trois paragraphes.

§ 1. — La directive du 9 mars 1968

29. Le texte français de l'ordonnance du 20 décembre 1969 reproduit avec fidélité les termes de l'article 9 de la Directive 68/151 du Conseil des Communautés économiques européennes, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties exigées dans les Etats membres, au sens de l'article 58, alinéa 2 du Traité de Rome pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (6). Il convient de préciser que cette fidélité s'accompagne d'une attitude restrictive de la part du législateur français, qui adopte la faculté laissée par la Directive de prévoir des cas d'exonération pour la société. La Directive est ainsi libellée : « la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que les dits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes ».

L'alinéa suivant du paragraphe 1^{er} de l'article 9 de la Directive, soucieux d'aménager une gradation dans l'application des dispositions de l'alinéa 1^{er} énonce : Toutefois, les Etats membres peuvent prévoir que la société n'est pas engagée lorsque ces actes dépassent

(1) *J.O.*, 28 déc. 1969, p. 12679.

(2) L'art. 2 concerne la Société à responsabilité limitée.

(3) Art. 3 de l'ord.

(4) Art. 4 de l'ord.

(5) Art. 5 de l'ord.

(6) *J.O.C.E.*, L. 65, 14 mars 1968, p. 8.

les limites de l'objet social, si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, — étant exclu que la seule publication des statuts suffit à constituer cette preuve».

La loi française a adopté de cette directive ce qu'elle avait d'auto-ritaire, et ce qu'elle avait de facultatif.

La restriction qui accompagne la formulation du principe témoigne de la résistance opposée par une tradition consensualiste du droit français.

Il faut encore signaler que le texte français de l'ordonnance du 20 décembre 1969 ne reprend pas les membres de phrase figurant à l'article 9 de la directive, aux termes desquels : « la société est engagée... à moins que les dits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes ».

Cette attitude restrictive pourrait sembler contradictoire avec l'esprit dégagé par la jurisprudence *Motte*. En effet, lorsque le Conseil des Communautés économiques européennes cite les pouvoirs que la loi attribue aux organes sociaux, il envisage la répartition des pouvoirs au sein de la société comme une limite normalement admissible.

On pose enfin un critère de compétence fondé sur l'organisation et la structure de la société, avec pour règle un principe de séparation des pouvoirs. Une autre formulation peut être énoncée : c'est une incompétence fonctionnelle qui limite pour la Directive les prérogatives des organes, et cette incompétence fonctionnelle apparaît plus importante que la limitation de type contractuel que constituait le critère de l'objet social.

C'est le dépassement des limites de cet objet social qui exonérerait pourtant la société de l'engagement souscrit par un organe régulier, en violation des statuts. Il semble bien dans ces conditions que les pouvoirs de nature contractuelle, assimilable à ceux que conférerait le mandant aux termes de l'article 1993 du Code civil se soient effacés, dans le projet européen, *au profit d'une sorte d'excès de pouvoir pour incompétence fonctionnelle*.

Certes un pas est fait dans le sens de la représentation légale, en ce sens que même hors des limites du contrat de mandat, le mandant est engagé à l'égard des tiers, mais la consécration définitive de la hiérarchisation de la société quant à la compétence respective des organes n'est pas encore atteinte (1).

(1) Ord. du 20 déc. 1969 : « sous réserve des pouvoirs attribués par la loi à l'assemblée générale des actionnaires » (art. 98, L. 24 juill. 1966).

§ 2. — L'ordonnance du 20 décembre 1969

30. Certains auteurs, et particulièrement M. Houin (1) se sont penchés sur l'apport résultant de l'ordonnance du 20 décembre 1969 à la loi du 24 juillet 1966. Ils se sont ici cantonnés dans une observation essentiellement axée sur la protection des tiers avec lesquels les organes de la société contractent. Il faut, selon M. Houin en tirer la conséquence que ces tiers n'ont même plus à rechercher si l'acte accompli par ces organes est étranger à l'objet social mentionné dans les statuts.

Respectant toutefois la réserve fondée sur la mauvaise foi des tiers, cet auteur remarque que cette réserve laisse au juge un grand pouvoir d'appréciation, — la société devant tenter de rapporter la preuve de la mauvaise foi de ce tiers.

En conclusion de son étude, M. Houin observe que « cette mauvaise foi du tiers n'est prise en considération que pour les actes qui ne relèvent pas de l'objet social ; elle ne l'est pas pour ceux qui, tout en entrant dans cet objet, dépassent les limites statutaires des pouvoirs des organes sociaux. La distinction n'est pas très logique ».

Elle s'explique parfaitement par la réticence du législateur français à faire totalement abstraction des solutions antérieures. Mais il faut aller plus loin que la simple critique : une reprise par le législateur français de l'intégralité des termes de l'article 9 de la Directive du 9 mars 1968 eut probablement consacré un état de droit objectif que nous cherchons à mettre en évidence dans cet ouvrage. Quelle origine a l'omission commise par l'ordonnance du 20 décembre 1969 ? La réponse à cette question permettrait de sonder la volonté des auteurs de l'ordonnance sur ce problème (2).

D'autre part, il faut bien conclure que l'attitude du rédacteur de l'ordonnance du 20 décembre 1969 laisse un vide, causé par la répétition de ce que la publication des statuts ne suffit pas à justifier une présomption de connaissance de la part des tiers.

En effet, l'affirmation du principe institutionnel, et la vérification constante de phénomène légaux, doivent entraîner un mécanisme objectif de structure de la société qui n'impose plus aux tiers de consulter les statuts pour deviner les pouvoirs plus ou moins étendus conférés aux organes sociaux. En d'autres termes, puisque l'on vide de toute finalité d'information la publication, il faudrait en corollaire

(1) M. R. HOUIN, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1969, p. 1018-1019.

(2) Malheureusement, nous nous trouvons ici dans le domaine d'application de la loi n° 66-481 du 6 juillet 1966, qui, dans le but d'accélérer la mise en harmonie du droit français avec le droit européen, avait expressément autorisé le gouvernement à prendre par ordonnances, avant le 1^{er} janvier 1970 toutes mesures ressortissant normalement à la compétence législative (art. 38 de la Constitution).

Cette technique risque fort de se reproduire, en l'état d'une loi n° 1169-69, du 26 décembre 1969 (*J.O.* du 28 déc. 1969) qui renouvelle les pouvoirs du Gouvernement en la matière jusqu'au 31 décembre 1972.

que cette mesure s'applique non seulement au critère de l'objet social, mais encore aux pouvoirs respectifs des organes. Conférer à la publication la vocation nouvelle de révélateur de la personnalité morale, pour la vider de toute valeur quant à l'information des tiers ne peut être acceptable que si cette information est superflue. Pour être superflue, il faut que l'information découle de la loi elle-même, et non d'une technique contractuelle, plus ou moins opposable (1).

Le législateur français a-t-il voulu conférer à son texte une si grande portée ? Dans l'affirmative, pourquoi ?

31. Comme le remarque fort justement M. Houin, si réellement la sécurité des tiers fut le moteur de la rédaction définitive de l'ordonnance du 20 décembre, alors la mission du législateur n'est pas achevée : il a posé un dualisme dans le régime des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions, et les sociétés anonymes d'une part, — et les sociétés en nom collectif, ou en commandite simple : ces dernières ne sont pas en effet concernées par l'ordonnance (2). Certes, on objectera que l'ordonnance a repris le préambule de la Directive, qui ne concernait pour le droit français que les trois types de sociétés visées en premier lieu.

Peut-on ici encore établir deux poids et deux mesures, alors que les sociétés de personnes sont aussi soumises à publicité : elles acquièrent bien leur personnalité morale par leur immatriculation au Registre du commerce (3).

Sans vouloir encore conclure, il faut en tout état de cause constater que l'ordonnance du 20 décembre 1969 ne reprend la directive du 9 mars 1968 que partiellement (4). Elle néglige donc de trancher de manière définitive le sort des actes accomplis par l'organe, dans la limite de l'objet social, mais en dehors de ses pouvoirs statutaires ou légaux.

Doit-on admettre que l'absence d'effets de la publication des statuts protège ici encore les tiers, — de la même façon qu'en cas de dépassement de l'objet social ? Il semblerait anormal d'opérer une scission au sein des divers actes accomplis par les organes.

Dans ces conditions, l'acte accompli par le dirigeant dans le cadre de l'objet social, mais en violation de sa compétence hiérarchique devrait engager la société, — celle-ci ne pouvant à l'évidence invoquer la publication des statuts pour reprocher au tiers sa négligence.

(1) « Décidément, il est toujours périlleux d'assouplir un système de publicité à l'aide de considérations psychologiques ». HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales » (*suite*), *Chron.*, D., 1970, p. 54.

(2) Un nouvel alinéa est ajouté aux articles 98, 113 (président-directeur général) et 124 (directoire) en ce qui concerne la Société anonyme. La même solution est appliquée au gérant de la société en commandite par actions (art. 255), et au gérant de Société à responsabilité limitée (art. 49).

(3) Art. 5 loi du 24 juill. 1966.

(4) Celle-ci ne reprend d'ailleurs que fort mal la proposition de directive du 21 février 1964. Cf. HAMIAUL, *La réforme des sociétés commerciales*, 1966, t. III, p. 21.

C'est là toute la lacune du système actuel : pour être logique avec lui-même, le législateur devrait déterminer de façon impérative la teneur des pouvoirs des organes sociaux. N'existe-t-il pas un risque de voir ressurgir trop souvent, dans une matière qui devrait y être étrangère, la théorie du mandat apparent, pourtant élaborée pour des situations juridiques informes ?

32. Cette théorie de l'apparence est à proscrire d'un domaine comme le droit des sociétés, où, précisément, information et structures légales doivent permettre à tout tiers de ne se prévaloir d'aucune « croyance légitime ».

La jurisprudence la plus récente limite d'ailleurs l'application de cette théorie, qu'il s'agisse du droit des sociétés, ou d'autres secteurs du droit.

Un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1970 (1) tempère « une tendance à se prévaloir abusivement de la notion de mandat apparent » (2).

A supposer qu'un légitime souci de protection des tiers leur permette de ne faire aucune démarche pour connaître les limites de l'objet social, particulier à chaque société existant, en revanche, quant aux pouvoirs des organes, quant à la structure même de la société, elle revêt un aspect suffisamment général et objectif pour s'imposer aux tiers, et leur permettre de déterminer par eux-mêmes, par simple comparaison avec la loi (que nul n'est censé ignorer !), si leur co-contractant excède ou non les pouvoirs qu'il tient de la loi.

Autant l'objet social est particulier, contingent, et personnel à chaque société, autant les pouvoirs normaux d'administration et de gestion, reposant sur une distinction légale, seront accessibles à tous, à supposer que soit inopérante la publication des statuts.

L'arrêt célèbre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13 décembre 1962 (3) a certes posé que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs est légitime ». Cette affirmation a été reprise par la doctrine (4), et par de nombreuses décisions récentes (5).

(1) *Bull. civ.* IV, n° 88, p. 83.

(2) M. HOUIN, *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 719, n° 3. Voir également sur le mandat apparent 1^{re} Ch. civ., C. cass., 7 janv. 1970, *Bull. civ.* I, n° 3, p. 3. C'est la décision la plus récente avec l'arrêt précité du 9 mars 1970, voir *supra*, p. 54.

(3) D., 1963.J, p. 277, note Calais-Auloy ; *J.C.P.*, 1963.II.13105, note Esmein.

(4) LESCOT, « Le mandat apparent », *J.C.P.*, 1964.I.1826 ; A. ROUILLER, *Rép. not. Defrénois*, 1968, p. 774.

(5) Cass. 1^{re} Civ., 30 nov. 1965, D., 1966.449, note Calais-Auloy ; Cass. com., 29 mars 1966, *J.C.P.*, 1967.II.15310, note R. L. ; Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1965, D., 1965.559 ; Cass. civ., 16 juill. 1965, *Bull. civ.* I, n° 74, p. 354 ; Cass. civ., 13 juin 1967, *J.C.P.*, 1967.II.15217, note R. L. ; Cass. soc., 18 mai 1967, *Rev. trim. dr. com.*, 1967.1085 ; Cass. com., 21 mai 1968, *ibid.*, 1968, p. 1083 ; Cass. com., 23 avr. 1969, *ibid.*, 1969, p. 1022. Voir obs. M. Houin, *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 719.

Cependant, si le mandat apparent est une institution de protection indispensable dans le droit des contrats, il apparaît superflu dans un système structuré et légal comme celui du droit des sociétés commerciales. Ce dernier, trop souvent soumis à l'ordre public, ne peut laisser de place aux imprécisions qui justifient en général le recours à la théorie du mandat apparent (1).

En résumé, l'ordonnance du 20 décembre 1969, en conférant force de loi au dépassement de l'objet social a fait œuvre de fixation de règles qui auraient pu être les mêmes en ce qui concerne le dépassement de pouvoirs (2). Il faut ici regretter le laconisme de l'alinéa 1^{er} des articles 98 et 113 de la loi du 24 juillet 1966, et surtout l'absence de débats parlementaires, qui auraient pu permettre de justifier l'attitude illogique du texte.

§ 3. — Les dangers du déséquilibre fonctionnel

33. — Dans la mesure où le législateur — ou son substitué —, a porté atteinte à l'équilibre préexistant, en supprimant le critère de l'objet social, il lui fallait profiter de l'occasion pour reprendre par ailleurs l'excès de liberté qu'il concédait d'autre part. Il est inopportun d'abolir totalement le critère de l'objet social sans proposer en contrepartie de limites objectives aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

Le droit positif ne concerne d'ailleurs pas toutes les sociétés : il concerne la société à responsabilité limitée, et les sociétés par actions : société anonyme et société en commandite.

A. — LA SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE.

34. L'ordonnance du 20 décembre 1969 vient modifier l'article 49 de la loi du 24 juillet 1966, en ce qu'il vise expressément l'article 14, alinéa 1^{er} de la même loi.

Désormais, cet article 14, alinéa 1^{er} est rédigé différemment, dans la mesure où il prévoyait que dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société, par ses actes entrant dans l'objet social. Ce principe traditionnellement admis découlait directement de la théorie classique de la spécialité appliquée aux personnes morales.

Ce principe de spécialité, maintes fois rappelé, limite plus ou moins directement les effets de la personnalité morale en contraignant cette dernière à n'évoluer que dans les limites qui lui ont été assignées par son acte constitutif, ou par les actes ultérieurs ayant modifié celui-ci. De surcroît, l'objet social s'analysant comme un des éléments constitutifs du contrat de société, pris essentiellement en considération par les associés, la conception contractuelle de la société l'emportait par le passé sur toute autre considération.

(1) Voir C. cass., 7 janv. 1970 précité.

(2) Le silence du texte ne permet pas le doute à ce sujet.

Parmi ces autres considérations, auxquelles était préféré le principe contractuel de spécialité, figurait notamment la protection des tiers. Il était unanimement admis que les publicités et la publication du contrat de société conféraient aux tiers des moyens suffisants d'information susceptibles de leur épargner toute surprise.

Dans ces conditions, l'excès de pouvoir fondé sur le dépassement de l'objet social était sanctionné : tant le dirigeant indélicat que les tiers ne pouvaient se prévaloir du contrat. Ainsi au cas de vente du fonds de commerce appartenant à la société (1) ou de constitution d'un nantissement sur le fonds social, à l'effet de garantir les obligations contractées par la société pour une dette absolument extérieure à son objet et à son activité (2).

La seule législation en Europe à admettre une attribution de compétence objective, et soustraite à la technique contractuelle, était la législation allemande (3).

Il est remarquable d'observer que la Directive 68-151 du 9 mars 1968 a pris le contrepied de la proposition de directive, en érigeant un pouvoir de représentation sans autre limite que la compétence fonctionnelle reconnue au gérant. Il a été indiqué que l'ordonnance du 20 décembre 1969, et cela est regrettable — a délibérément sacrifié les intérêts des associés et de la société, à ceux des tiers, puisque désormais, il semblerait que rien, sauf la mauvaise foi des tiers, ne permette à la société de se soustraire à l'engagement abusivement pris par le gérant.

La doctrine l'a si bien senti, que l'on peut trouver cette opinion qui se voudrait rassurante chez MM. Hémard, Terré et Mabilat (4) : « malgré cette omission, on doit admettre que le gérant ne peut dépasser ses pouvoirs légaux, et qu'ainsi, il ne saurait vendre le fonds de commerce de la société, car il en résulterait la disparition de la société, ce qui n'entre pas dans les pouvoirs que la loi lui a conféré pour la faire fonctionner, pas plus qu'il ne saurait, par exemple, émettre des valeurs mobilières, la loi le lui interdisant ».

Il est permis de craindre que cet optimisme ne s'avère quelque peu prématuré, car on ne peut taxer l'ordonnance du 20 décembre 1969 d'omission, alors et surtout qu'elle avait pour support la proposition de directive, et cette dernière.

Il est donc tout aussi plausible de penser que l'omission soit volontaire, et dans ces conditions, on est passé d'un excès à l'autre (5).

Ce même déséquilibre se retrouve avec les sociétés par actions (6).

(1) Lyon, 28 janv. 1952, *Journ. soc.*, 1952, p. 348.

(2) Nancy, 6 juill. 1955, *Gaz. Pal.*, 1955.2.310 et Trib. civ. Belfort, 19 nov. 1958, *J.C.P.*, 1959.II.10987, note Bastian.

(3) § 37 II Aktien Gesetz.

(4) « La réforme de la réforme des sociétés commerciales... suite », D., 1970, Chron. p. 52 et s.

(5) Voir à propos de la limitation des pouvoirs du gérant en général, les obs. de M. Champaud ; *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 416, n° II et s.

(6) Voir, à propos d'une société coopérative ouvrière, et d'un cautionnement donné abusivement, la confirmation des inquiétudes exprimées ci-dessus : Cass. com., 26 janv. 1971, D., 1971.396 et *Rev. trim. dr. com.*, 1971, p. 365, obs. Houin.

B. — LA SOCIÉTÉ ANONYME.

35. Il convient d'observer, à propos de la société anonyme de type classique, que le législateur du 12 juillet 1967 (1), modifiant l'article 98, alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966, a élargi les pouvoirs généraux des membres du conseil d'administration.

Il a supprimé le membre de phrase suivant « pouvoir de gestion les plus étendus », et l'a remplacé par la phrase « les pouvoirs les plus étendus », écartant le terme « gestion » du texte de loi. Ce faisant, il faisait abstraction des critiques qui lui avaient été adressées en 1940-1943, à propos de la confusion entre l'administration et la gestion, et la direction. Il supprime tout indice de référence capable de trancher les querelles d'attribution entre le conseil d'administration et son président. L'ordonnance du 20 décembre 1969 confirme le mouvement amorcé pour la société à responsabilité limitée, en inversant le principe traditionnel de spécialité des personnes morales.

Sans reprendre la délicate distinction, — fondée par ailleurs — entre les pouvoirs du conseil d'administration, et ceux du président de ce conseil, il échet de mesurer l'incidence de l'ordonnance du 20 décembre 1969 sur les pouvoirs du président.

L'ordonnance du 20 décembre 1969 a introduit un nouvel alinéa entre les alinéas 2 et 3 de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966. Nonobstant la similitude qui se dégage de la situation de ces deux organes, la règle nouvelle confine davantage le conseil d'administration dans une sphère d'activité interne à la société, — tandis que le véritable pouvoir de représentation est plus que jamais réservé au président (2).

On trouve, encore ici, deux poids et deux mesures : l'aménagement des fonctions internes n'est pas opposable aux tiers traitant avec la société : le pouvoir de décision (3) du président étant susceptible, — bien plus que le pouvoir de représentation —, de couvrir des actes excédant l'objet social.

Les variations du pouvoir de représentation des organes sociaux ne doivent plus rien au droit des contrats, et encore moins au mandat. Elles évoluent vers des techniques impératives, que rien dans l'analyse contractuelle ne permet d'expliquer. Le mandat n'explique pas davantage la responsabilité délictuelle de la personne morale.

(1) Loi, n° 67-559.

(2) BADINTER, « Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales », D., 1969, Chron., p. 165.

(3) HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, p. 54.

SECTION II

**LA RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE
DES PERSONNES MORALES**

36. Seule la théorie organique permet de comprendre de manière globale les décisions jurisprudentielles condamnant la personne morale sur le plan délictuel à raison de l'acte du dirigeant social.

En effet, si le mandant est irresponsable à raison des délits commis par le mandataire, en revanche, la société est délictuellement engagée par ses organes.

**§ 1. — L'irresponsabilité du mandant
à raison des délits du mandataire**

37. Traditionnellement, si on se limite à la responsabilité délictuelle, il n'est pas exact de dire que le mandant soit en principe responsable des délits et quasi-délits commis par le mandataire à l'occasion de ses fonctions (1). Le principe de la représentation n'existe que pour les engagements volontairement pris par le mandataire, non pour ses délits et quasi-délits (2).

L'exception la plus large concernait le cumul sur la tête du mandataire de deux qualités, celle de préposé et celle de mandataire, employé et chargé d'une mission particulière. Dans cette hypothèse, si le mandant est engagé délictuellement, c'est en vertu des dispositions de l'article 1384 du Code civil (3).

La réticence des tribunaux à admettre que la société soit engagée sur le fondement de l'article 1382 se manifeste par l'ancienneté des arrêts en ce sens (4).

Certes, une partie de la doctrine, minimisait l'écart existant entre les cas où la personne morale était jugée responsable du chef des agissements d'un organe, ou d'un préposé, en décidant qu'il n'existait pas une différence de nature telle entre ces deux hypothèses, qu'elle permette de faire jouer tantôt l'article 1382 du Code

(1) AUBRY et RAU, VI, p. 184 et 185, § 146 ; COLIN et CAPITANT, t. II, n° 946. Voir BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL, n° 782, note Wahl ; S., 1895.1.241 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, n° 103 ; V. DALLANT *La notion de préposé dans l'article 1384 du Code civil*, thèse Poitiers, 1927, p. 83 et s.

(2) PLANIOL et RIPERT, t. XI, p. 861 et s., § 1502 ; Civ., 5 nov. 1877, D., 1880.1.79 ; Paris, 5 juin 1928, *Sem. jur.*, 1928, p. 1101 ; Cass., 25 juin 1889, D., 1890.1.153, Req., 12 nov. 1907, D., 1908.1.87.

(3) COLIN et CAPITANT, *loc. cit.* ; PLANIOL et RIPERT, t. XI, p. 862 ; Cass. civ., 15 févr. 1926, D.H., 1927.50 ; Comp. Nancy, 25 févr. 1890, D., 1890.2.347.

(4) Voir not. : SAVATIER, t. I, n° 207 ; ESMEIN, n° 501, note 1 ; MAZEAUD et TUNG, t. 2, n° 1985, note 6 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, 2^e vol., p. 786.

civil, tantôt l'article 1384, alinéa 5, de manière fondamentalement différente. En d'autres termes, la faute de la société issue du comportement de l'organe se rattachait, aux yeux de cette doctrine à la présomption de responsabilité issue de l'article 1384, alinéa 5 (1).

L'idée de mandat n'en expliquait pas moins fort mal la condamnation de la personne morale sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en l'absence de lien de préposition, découlant lui-même de la notion de mandat.

En revanche, il était admis en droit positif que la société était engagée par les fautes délictuelles commises dans l'exercice de l'activité visée à l'objet social (2).

§ 2. — La société est délictuellement engagée par ses organes

38. Deux décisions récentes confirment cette constatation, dont la seconde devrait « faire sensation » (3).

La Cour de Paris (4), dans un arrêt du 1^{er} mars 1968, a admis que la société pouvait être responsable, sur la base de l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 du Code civil, à l'occasion d'un accident survenu au président-directeur général dans une voiture dont il avait l'usage personnel.

Mais, et surtout, il convient de citer l'arrêt rendu par la Cour suprême le 17 juillet 1967 (5).

En l'espèce, les magistrats d'appel avaient rejeté une demande directement fondée par la victime d'un accident causé par un monte-charge, manœuvré par un associé, à l'encontre de la société, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Les magistrats du second degré avaient considéré que seul pouvait être assigné sur ce terrain l'associé, personne physique auteur de la manœuvre du monte-charge.

La théorie dégagée en filigrane par les juges du fond conduisait à la nécessité pour la victime d'attirer les préposés et le commettant sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil.

La Cour de cassation, réformant l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 6 avril 1965, décide « qu'en se déterminant par un tel motif, alors que la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes, et en doit réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le

(1) STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, p. 254 et s. ; 263 et s. *Contra* : MICHOD, *La théorie de la personnalité morale en droit français* ; A. YAMULKI, thèse Genève, 1964, p. 17 ; VEAUX, *op. cit.*, p. 10, notes 6 à 9.

(2) MARTY et RAYNAUD, *loc. cit.* ; A. PIROVANO, Cours polycopié lic III, p. 374.

(3) Note M. Durry, *Rev. trim. droit civ.*, 1968, p. 150.

(4) Paris, 19^e Ch., 1^{er} mars 1968, *Gaz. Pal.*, 1968.2, p. 110.

(5) Cass., 5^e Ch. civ., *Gaz. Pal.*, 1967.2, p. 235. note Ch. Blaevoet.

fondement de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil lesdits organes pris comme préposés, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

39. M. Blaevoet, que la concision de l'arrêt incite « à la prudence », tente d'expliquer la solution adoptée, en écrivant : « on voit que le monte-charge, dont l'une des pièces a été fatale, appartenait à la société, et que c'est l'un des associés même qui la manœuvrait, donc qui en avait la garde. Cet associé représentait la société comme organe directeur, et engageait la responsabilité de celle-ci en vertu ici de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil. Il était donc erroné d'invoquer l'article 1384, alinéa 5, puisqu'il n'était pas préposé, mais agissait de son propre chef comme patron ».

Adjoindre la notion de garde de la société, et la qualité de « patron » d'un associé semble plus antinomique, que complémentaire.

Pour discutable que soit l'opinion selon laquelle c'est la qualité de « patron » qui a engagé l'associé représentant la société, elle n'efface pas la constatation par la Cour de cassation d'une « faute dont s'est rendue coupable la personne morale par ses organes ».

Combiner, pour expliquer la solution rendue, la garde de la société, et la qualité de patron, donc de commettant de l'associé utilisateur du monte-charge semble plus discutable que l'admission d'une réalité juridique, l'engagement délictuel de la société par ses organes.

Il ne semble pas que la formulation de la Cour suprême doive quelque chose au hasard, ou à la maladresse : le style alerte de l'arrêt interdit de l'admettre (1). Il est donc indéniable que la Cour suprême envisage expressément que l'organe puisse mettre en jeu la responsabilité délictuelle de la personne morale, sur le fondement de la faute.

Le divorce entre l'organe et le mandataire apparaît ici à son comble (2).

(1) M. DURRY, *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, p. 150.

(2) Voir égal. Cass. crim., 4 déc. 1969, D., 1970.J.114, et *Rev. trim. dr. com.*, obs. Houin. La Chambre criminelle dans cet arrêt dont la solution « paraît nouvelle » (M. Houin) avait retenu la responsabilité d'une société anonyme, et de son président-directeur général, coupable d'avoir dans une convention, qualifié cette société d'être un concessionnaire exclusif, alors qu'elle ne bénéficiait d'aucune exclusivité. Dès lors, le cocontractant espérant bénéficier d'une exclusivité de distribution, avait passé une importante commande. Sur plainte en escroquerie, la Cour suprême condamne le président-directeur général (art. 405, C. pén.). Celui-ci avait invoqué que la prise de fausse qualité ne lui était pas personnelle, au sens de ce texte. La Cour de cassation objecte, pour fonder la condamnation : « que le président-directeur général d'une société est personnellement et pénalement responsable des infractions par lui commises lorsqu'il agit au nom et comme organe de la société qu'il dirige ». « M. Houin observe que l'on ne « saurait mieux marquer la personnification de la société par son organe, ... et que « partant, la fausse qualité qu'il attribue à celle-ci rejaillit nécessairement sur ses fonctions de représentant ».

40. La ressemblance entre la conception élaborée par la Cour suprême et le système adopté en droit administratif est remarquable : la théorie organiciste (1) s'apparente à la construction prétorienne.

Certes, il est un écueil difficile à franchir, et que les tenants de la notion de mandat vont invoquer au premier chef : les dirigeants sociaux, lorsqu'ils ne paient pas les cotisations de sécurité sociale, sont personnellement (et pénalement) responsables de ces paiements.

Or, s'il est un domaine imputable à la société, et dans lequel le dirigeant n'est qu'un organe, c'est bien celui du paiement des charges patronales résultant de l'exploitation.

Il est tentant pour les tenants de la théorie classique de refaire ici application du droit du mandat : le non-paiement étant un acte délictueux, le mandant ne sera pas tenu mais c'est bien le mandataire qui supportera les conséquences de sa faute pénale.

Ce que ces tenants omettent de signaler, c'est que c'est la loi elle-même qui impose aux juridictions de considérer le président-directeur général de la société anonyme comme employeur, au sens de l'article L. 151 du Code de la sécurité sociale (2).

Il y a un déplacement de responsabilité dont le droit fiscal et parafiscal sont coutumiers : lorsque des sanctions pénales sont édictées, l'autorité en faveur de qui elles ont été instaurées recherche la personne physique, ce qui est assez normal ; ce que la loi a fait, elle peut le défaire. C'est pourquoi l'argument tiré du non-paiement des cotisations de sécurité sociale est limité : tant que des poursuites pénales ne sont pas encourues, c'est la société qui est débitrice de ces cotisations. De même, si le dirigeant social paie ces cotisations, en temps normal, personne ne viendrait contester qu'il répercute ces paiements sur les livres sociaux.

Quoiqu'il en soit, aucune source conventionnelle n'apparaît en la matière : c'est la loi qui explique les mécanismes de représentation.

Il faut citer à ce propos M. Flour (3). Observant — antérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1967 — que la jurisprudence a tendance à voir une responsabilité du fait d'autrui ; la personne morale a la qualité de commettant par rapport à ceux qui agissent pour elle, et sont ses préposés. Mais les rapports d'autorité et de subordination qui caractérisent les relations de commettant à préposé n'existent pas lorsqu'il s'agit des « dirigeants » de la société. *A fortiori* n'existent-ils pas lorsque la faute consiste dans une décision de l'assemblée générale.

(1) WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., n° 1357.

(2) Voir à ce propos : Cass. crim., 5 nov. 1957, *Bull. cass.*, 1957, n° 704, p. 1271 ; Cass. crim., 27 ayr. 1955, *Bull. cass.*, 1955, p. 377, n° 210 ; Cass. crim., 7 déc. 1967 et 22 mai 1968, *Bull. crim.*, 1968, n° 170, p. 411 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1967, *Journ. soc.*, 1969, p. 69 et plus récemment : Cass. crim., 16 juin 1970, *Bulletin des sociétés*, n° 12 de déc. 1970, p. 723.

(3) M. J. FLOUR, *Cours de droit civil*, 2^e année, 1965-66, p. 593.

Mieux vaut dire qu'il s'agit d'une responsabilité directe.

L'origine légale du régime de responsabilité apparaît certaine. De même, c'est la loi qui conditionne la cessation des fonctions des dirigeants sociaux, essentiellement lorsque cette cessation est le fait de la société : c'est le problème de la révocation des organes de gestion et de direction.

CHAPITRE III

LA RÉVOCABILITÉ D'ORDRE PUBLIC DES DIRIGEANTS SOCIAUX

41. Une raison a favorisé l'adoption de la technique du mandat au regard de la doctrine classique, c'est bien la révocation *ad nutum* qu'il permettait.

Le danger de la permanence des dirigeants sociaux a toujours été considéré avec acuité, particulièrement lorsque ces derniers aménageaient leur impunité, par la subtile technique des clauses d'avis, d'autorisation, et du quitus.

Inamovibles, et assurés de l'impunité, les dirigeants sociaux avaient, utilisant la technique même du mandat, pris une position de force. Cette prise de position était le fruit d'une analyse du contrat de mandat : la révocabilité n'a jamais été d'ordre public, dans le mandat classique.

La loi de 1966 a radicalement modifié les structures en la matière : que ce soit sous le contrôle des tribunaux, ou sans contrôle de ces derniers, aujourd'hui la révocation est possible, en tout état de cause.

Il convient donc d'examiner, face à l'irrévocabilité possible du mandataire classique, la révocabilité des dirigeants sociaux.

SECTION I

L'IRRÉVOCABILITÉ POSSIBLE DU MANDATAIRE

42. La révocabilité *ad nutum* est de la nature, et non de l'essence du mandat. La clause contraire est parfaitement valable. La doctrine et la jurisprudence affirment que la règle d'après laquelle le mandat est révocable par le mandant en tout état de cause n'est qu'interprétative de volonté, les parties pouvant expressément prévoir l'irrévocabilité du mandat (1).

(1) BAUDRY LACANTINERIE et WAHL, n° 818 ; PLANIOL et RIPERT, par ROUAST, SAYATIER et LEPARGNEUR, t. XI, p. 845 ; Req., 9 juill. 1885, D., 1886.1. 130 ; Rapport PERROT, *Travaux association Capitant*.

Ceci a été consacré par une jurisprudence certaine (1), et au sein de la doctrine « l'unanimité s'est faite aujourd'hui » (2).

Devant cette réponse précise du droit positif, validant les clauses dérogatoires à la révocabilité *ad nutum*, ces dernières ont connu un succès notoire : elles sont très nombreuses, essentiellement dans le domaine professionnel (3).

Certes, l'ordre public s'oppose, à un engagement indéfini, insusceptible de révocabilité : dès lors, la jurisprudence exige que le mandat soit limité, soit à une seule affaire, soit dans le temps, — sans toutefois poser de norme minimale, ni avancer de durée raisonnable.

Les tribunaux ont toujours adopté comme critère de la révocabilité du mandat l'intention des parties, — souverainement appréciée par les juges du fond (4), — allant parfois jusqu'à décider de l'irrévocabilité du mandat en l'absence de toute stipulation expresse (5) : doivent être considérés comme insusceptibles d'être révoqués de la seule initiative du mandant, les mandats qui avaient été conférés dans l'avantage du mandataire.

Ils considèrent que pour le professionnel (6), il faut certes que le mandat soit salarié, à la condition d'être générateur d'autres avantages qu'un simple salaire : à ces deux conditions, le mandat acquiert une « consistance » qui interdit au mandant de le dénoncer.

Un champ d'application, qui n'est pas sans évoquer le mécanisme de gestion des biens d'autrui, en est fourni par la jurisprudence : communauté d'indivisaires conférant mandat de gérer des intérêts communs à toute l'indivision (7) ; mandat conféré à un notaire dans l'intérêt commun des parties pour lesquelles il instrumente (8).

Dès lors, il apparaît certain que, parfois, le mandat ne sera pas révocable, en l'état des conditions qui ont présidé à son attribution (9).

(1) Cass., 6 mars 1827, S.V., 1827.1.160 ; Bordeaux, 7 juill. 1837, S., 1837.2.452 ; Req., 8 avr. 1857, D., 1858.1.134 ; Req., 9 juill. 1885, D.P., 1886.1.310 (Attendu qu'aux termes de l'article 2004..., le mandant peut révoquer quand bon lui semble le mandat par lui donné... qu'il peut à la vérité renoncer à ce droit, ou en soumettre l'exercice à des conditions déterminées ». Aix, 18 mai 1937, D.H., 1937.370 ; Pau, 20 nov. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958.1, table, p. 156. « La révocabilité du mandat n'est pas une exigence d'ordre public ». Paris, 19 avr. 1961, D., 1961.J p. 631 ; Cass. civ. 1^{re} 16 juin 1970, *Bull. civ.*, I, n° 204, p. 167.

(2) GUILLOUARD, n° 217 ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, n° 336 ; RODIÈRE, *Encyclopédie Dalloz, Droit civ.*, V° Mandat, n° 368 ; MAZEAUD, n° 1420.

(3) DELUCA, thèse Aix-en-Provence, 1965. *La révocation du mandat professionnel*, p. 66 et s.

(4) Req., 1^{er} mai 1907, D., 1907.1, p. 435 et Req., 7 nov. 1911, S., 1912.1.79.

(5) Civ., 6 janv. 1873, D., 1873.1, p. 116 ; Paris, 1^{er} nov. 1908, S., 1910.2.165 ; Req., 20 févr. 1889, S., 1890.1.69.

(6) AUBRY et RAU, t. VI, p. 186, n° 416 ; Civ., 4 mars 1914, D., 1916, p. 68.

(7) Civ., 11 févr. 1891, D., 1891.1.197.

(8) Amiens, 28 janv. 1892, S., 1894.2.177.

(9) E. SALLE DE LA MARNIÈRE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1937. *La mandat irrévocable*, n°s 241 et s. ; DELUCA, thèse précitée, p. 65 et s., avec l'inventaire des techniques utilisées : clause pénale, délai de préavis, clause d'irrévocabilité, etc.

43. Cette attitude assez catégorique requiert cependant des tribunaux un contrôle que les contractants risquent parfois de vouloir éviter, en ayant recours à des procédés indirects d'irrévocabilité : il a été ainsi jugé (1) que la clause pénale insérée dans un contrat de mandat pour en assurer indirectement l'irrévocabilité est parfaitement licite, constituant un des éléments de la convention intervenue entre les parties.

Une application récente de la notion de mandat irrévocable a été faite par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, du 16 juin 1970 (2) à propos de l'action en responsabilité intentée par un mandataire, titulaire d'un mandat notarié de vendre pour le compte de son mandant un certain nombre de valeurs et de parts sociales, — alors que son mandant avait lui-même aliéné les biens concernés.

La Cour suprême refuse toute action en responsabilité, en méconnaissance de sa jurisprudence antérieure (3).

Le mandat irrévocable est donc possible.

L'article 2004 du Code civil ne peut être considéré comme d'ordre public.

En revanche, les fonctions de dirigeant de sociétés par actions, notamment, ont retenu à ce propos l'attention vigilante du législateur, dans le sens d'une rigueur extra-contractuelle.

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, ainsi que l'article 41 du même texte, ont empêché les tribunaux de recourir à une appréciation relative de la révocabilité des dirigeants de la société anonyme (1).

Le mécanisme légal et institutionnel du droit des sociétés s'est détaché de la technique contractuelle, tout en conservant les termes propres à cette technique.

SECTION II

LA RÉVOCABILITÉ ABSOLUE (LA SOCIÉTÉ ANONYME DE TYPE CLASSIQUE)

44. Les articles 22 et 25, de la loi du 24 juillet 1867 combinés avec les articles 2003 et 2004 du Code civil instauraient une révocabilité *ad nutum*, pouvant intervenir en tout état de cause, et à tout

(1) Trib. inst. de Nogent-sur-Marne, 3 déc. 1968, *Soc. Codara/Tisserand*, inédit.

(2) Précité, *Bull. civ. I*, n° 204, p. 167. M. J. L. AUBERT, *Répertoire du notariat Defrénois*, Cahier n° 3 du 15 févr. 1971, art. 29801, p. 182 et s., n° 12.

(3) Civ., 4 juin 1913, S., 1914.1.179. Voir JAUBERT, *J.-Cl. civ.*, art. 2003, 2010, Fasc. H, n° 64.

moment, — que la nomination procède des statuts ou d'une décision de l'assemblée (1).

Ce pouvoir de révocation du « mandat social » appartenait « au mandant, c'est-à-dire l'assemblée des actionnaires » (2).

Aux termes de l'article 22 de la loi de 1967, les administrateurs étant qualifiés de « mandataires à temps », il apparaissait que la durée maximale des fonctions était précisée à l'article 25 de la loi : six années, — les statuts pouvant prévoir une durée moindre.

Dès lors, la loi conservait la terminologie contractuelle, en y insérant des règles d'ordre public, sans atteindre pour autant un statut professionnel (3).

C'est ainsi que la rigueur du formalisme édicté n'a rien de commun avec le contrat de mandat, — alors que d'autre part, la révocabilité absolue se distingue encore du contrat de mandat, dans lequel l'irrévocabilité peut faire échec à la volonté du mandant.

§ 1. — Le formalisme fonctionnel de la révocation

45. Ce formalisme n'a pas réellement pour but la protection des dirigeants sociaux, mais davantage le respect de la structure hiérarchisée de la société anonyme de type classique, tant et si bien que le principe de révocabilité absolue ne subit pas d'échec.

Quelles sont donc les règles fonctionnelles présidant à la révocation des dirigeants de société anonyme ?

Il faut que l'assemblée générale ordinaire des actionnaires soit régulièrement saisie : les tribunaux ont toujours contrôlé la régularité de cette saisine, sans s'arroger le pouvoir d'examiner l'opportunité de la décision prise (4).

Deux types de problèmes ont toujours suscité la censure des juridictions :

- la convocation de l'assemblée par un organe incompétent.
- la présence à l'ordre du jour du projet de révocation.

La compétence de l'organe de convocation, échoit au conseil d'administration ou à défaut aux personnes désignées par les textes législatifs (5).

(1) Voir HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 644. AUBERT, « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *Rev. trim. dr. com.*, 1968, p. 977 et en Jurisprudence : Cass. civ., 5 juill. 1893, D., 1894.1.4 ; Com., 26 oct. 1959, *J.C.P.*, 1960.II.696 ; Rouen, 2^e Ch. civ., 25 sept. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16219, note Guyon.

(2) Note M. G., *Rev. des soc.*, 1970, p. 467.

(3) J. AUTESSERRE, *loc. cit.*

(4) Voir note M. G. précitée *Rev. soc.*, 1970, p. 467 et Civ., 11 mars 1936, S., 1936.1.249, note Rousseau.

(5) Ex. administrateurs provisoires désignés judiciairement, commissaires aux comptes. Voir Cass. com., 30 avr. 1968, *Bull. civ.*, 1968.IV.126.

D'autre part, originairement, il fallait, pour que l'assemblée délibérât, que la révocation figurât à l'ordre du jour : devant la réticence des administrateurs à faire figurer sur les convocations la révocation de l'un d'eux, les tribunaux ont dû ruser.

C'est la technique jurisprudentielle de « l'incident de séance » (1), confirmée postérieurement par le législateur, qui a permis de révoquer, sur des faits indiqués en séance, même en dehors de l'ordre du jour, les administrateurs.

La jurisprudence se montrait très ferme : elle prononçait la nullité des délibérations prises abusivement (2) : nullité qui ne pouvait être « couverte que par un vote unanime des actionnaires » (3).

46. Déjà la doctrine, devant cet excès de précautions, avait décidé que les membres du conseil d'administration n'étaient « cependant pas des mandataires absolument semblables à ceux visés à l'article 2004 du Code civil, et leur mandat n'est pas purement contractuel, présentant également un caractère institutionnel, tiré de la loi du 24 juillet 1867... » (4).

Le problème de la nature des fonctions des administrateurs avait ressurgi avec les textes de la loi du 16 novembre 1940, et du 4 mars 1943.

Ces derniers, précisaient l'étendue des pouvoirs du président du conseil d'administration, ou plus exactement son rôle : l'article 12 de la loi du 4 mars 1943 indique que le conseil d'administration nomme parmi ses membres un président, qui peut être élu pour la durée de son mandat d'administrateur... « le conseil peut à tout moment lui retirer ses fonctions de président ».

Une partie de la doctrine avait admis alors que ce **président était** un mandataire, dont le mandant était facilement déterminable : les administrateurs groupés en conseil.

(1) Voir Besançon, 16 févr. 1922, *Rec. jur. soc.*, 1922.273.

(2) Civ. Sect. com., 12 juill. 1955, D., 1956.40. Trib. com. Seine, 19 avr. 1956, D., 1956.622, note Dalsace : en l'espèce, une révocation avait été annulée, au motif que l'ordre du jour de l'assemblée générale d'une société anonyme, administrée par cinq administrateurs, indiquait simplement : « Cessation de fonctions du conseil d'administration actuellement en fonctions ; élection de 4 administrateurs ». L'intégration du 5^e administrateur au vote de l'assemblée décidant « la cessation des fonctions du conseil » fut assimilée à une révocation sans respect des formes requises. Paris, 3 avr. 1963, D., 1963.J.646, Cass. com., 21 juill. 1969 (3 arrêts), D.S., 1970.J.88 et *Revue des sociétés*, 1970, p. 465, note M. G. et p. 643, note Nocquet. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait annulé la révocation de l'administrateur d'une société anonyme décidée par une assemblée générale convoquée, contrairement aux statuts sans réunion préalable du conseil d'administration, par le président-directeur général, qui comptait sur la majorité dont il disposait à l'assemblée pour faire entériner son initiative.

(3) Arrêt précité 21 juill. 1969. La cour n'a pas pris parti sur le caractère de la nullité : relative ou absolue, nonobstant les termes du pourvoi, visant l'aspect relatif de la nullité. Elle s'est bornée à envisager l'unanimité des actionnaires. Cette exigence est assez rare pour mériter d'être signalée (changement de nationalité, et augmentation des charges des membres de la personne morale).

(4) AUTESSERRE, *op. cit.*

Elle en déduisait une applicabilité totale des dispositions de l'article 2004 du Code civil : c'est-à-dire une faculté de révocation sans forme particulière.

Certes, la révocation du président du conseil d'administration par ses membres est plus libre que celle d'un administrateur par l'assemblée. Cependant, lui conférer simple qualité de mandataire serait ignorer que ce président du conseil d'administration ne peut être choisi que parmi les administrateurs, et doté de fonctions déterminées impérativement par la loi.

Les conditions de choix, et d'attribution des fonctions suffisent à affirmer que le caractère institutionnel de ce mandat ne soulève aucune difficulté (1). La même technique se retrouve à propos du directeur général (2). La loi nouvelle fait œuvre d'unification.

§ 2. — L'apport de la loi nouvelle

47. En l'état de ces controverses, la loi du 24 juillet 1966 est venue confirmer en tous points, sur cette question, les règles préto-riennes. Elle décide notamment, en ce qui concerne les administra-teurs (3), le directeur général (4), le président du conseil d'adminis-tration (5), et les membres du conseil de surveillance (en ce qui concerne les sociétés anonymes de type nouveau à directoire) (6), que ces organes sont révocables, en tout état de cause, quelles que soient les circonstances.

L'article 160 de la loi, alinéa 2, indique clairement que l'assemblée peut, même lorsque la question n'est pas inscrite à l'ordre du jour (7) révoquer un ou plusieurs administrateurs, et les membres du conseil de surveillance.

Le mécanisme de révocation des organes de direction, tout au moins dans la société anonyme de type classique, est donc parfaite-ment assimilé par le droit positif : il est net, et autoritaire.

Pour protéger les administrateurs, la jurisprudence a eu recours à la théorie de l'abus de droit : c'est bien peu de sollicitude pour des « mandataires » moins bien traités que ceux des articles 1992 et suivants du Code civil, et qui ont l'instabilité des mercenaires,

(1) J. AUTESSERRE, *op. cit.*, p. 22.

(2) BOSVIEUX, *Journ. soc.*, 1943, p. 67 à 79 ; HAMEL, *Gaz. Pal.*, 1943, Doctr. p. 39 ; Cass. civ. Ch. com., 20 déc. 1966, D.S., 1967.J.160.

(3) Art. 90.

(4) Art. 116.

(5) Art. 110.

(6) Art. 134, al. 2.

(7) C'est bien le seul cas où apparaît cette dérogation. La Cour de Rennes, dans un arrêt du 25 février 1972 réalise une extension de cette dérogation (J.C.P., 1972.II.17220, note Synvet) en l'appliquant aussi bien aux Assemblées générales ordinaires qu'extraordinaires, — alors que l'article 90 de la loi du 24 juillet 1966 donne compétence à l'assemblée ordinaire pour nommer et révo-quer les dirigeants.

sans bénéficié encore d'un véritable statut professionnel. L'administrateur peut être révoqué parce qu'il « a cessé de plaire » (1), la seule limite consistant dans le respect de la manière de le faire (2).

L'illusoire intention de nuire, avec les aléas d'une analyse psychologique, démontrent bien que dans la société anonyme de type classique, la révocation intervient sans contrôle, et au gré, voire au caprice de l'assemblée, donc de la majorité.

L'administrateur classique de société anonyme est dans une situation étrange : il est dans une position plus fragile que celle du mandataire normal du droit civil, qui peut aménager son irrévocabilité (3). Il ne bénéficie cependant pas encore d'un statut professionnel.

Ce statut professionnel se dessine avec le contrôle des tribunaux sur la révocabilité.

SECTION III

LA RÉVOCABILITÉ CONTRÔLÉE

**(La société à responsabilité limitée,
la société anonyme avec directoire)**

48. La société anonyme avec directoire en matière de révocabilité des organes de direction et de contrôle, a un régime mixte : le conseil de surveillance peut être révoqué, par l'assemblée générale, de façon totalement libre.

En revanche, les membres du directoire bénéficient de la révocabilité « équilibrée », c'est-à-dire contrôlée par justice.

Cet adoucissement à la rigueur d'une révocation libre de toute entrave est inspirée (4) de la loi allemande sur les sociétés anonymes. C'est une marque d'encouragement dont témoigne le législateur

(1) Note Rousseau, S., 1936.1.249 sous Civ., 11 mars 1936.

(2) Voir thèse G. Zaquin, *L'indemnisation du mandataire révoqué en droit commercial*, dactylographiée, p. 165 et s., Paris, 1970. Voir également sur l'intention de nuire : Amiens, 4 avr. 1951, S., 1952.II.9 ; ESCARRA et RAULT, t. 4, n° 1423 ; Caen, 20 nov. 1962 et 9 janv. 1963, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 355 et 852, obs. Houin.

Nous ne pensons pas ici que la révocation « contraire à l'intérêt social » suffit à constituer la faute exigée par l'article 1382 du Code civil. Quant à la mesure vexatoire, ou injurieuse, elle sera facile à éviter, et les dommages-intérêts qu'elle engendrera seront minimes, s'agissant d'un simple préjudice moral.

(3) L'article 41 de la loi du 24 juillet 1867 avait été jugé d'ordre public : Paris, 17 mars 1893, D., 1893.2.309.

(4) B. PIEDELIÈVRE, *Situation juridique et responsabilités des dirigeants des sociétés anonymes après la loi du 24 juillet 1966*, Dunod, 1967, p. 77 (En droit allemand, les membres du « vorstand » peuvent obtenir des dommages-intérêts en cas de révocation sans motifs légitimes, voir travaux préparatoires M. Dailly rapporteur de la loi au Sénat, *J.O.*, déb. Sénat du 23 avr. 1966, p. 250.

à l'égard des sociétés du type nouveau. La stabilité ainsi dégagée doit inciter les administrateurs à opter pour la formule du directoire. Il est donc certain que la stabilité, notion professionnelle, représente un stimulant suffisant.

C'est la solution préconisée par l'ensemble des auteurs (1), dans la recherche « d'une direction à suivre » (2).

Il apparaît toutefois que le conseil de surveillance ne sera pas astreint à rapporter préalablement à la révocation la preuve d'un juste motif.

Il semble simplement que le législateur ait entendu mettre en garde les membres du conseil de surveillance et les inciter à une très grande prudence. La nuance apparaît donc certaine, quant à une restriction de la révocabilité *ad nutum*, — la révocation en la matière n'étant pas subordonnée à l'analyse préalable d'un juste motif, mais l'absence de ce dernier pouvant engendrer l'obligation à des dommages intérêts.

La même technique se retrouve avec l'étude de la société à responsabilité limitée, mais elle y revêt plus d'intérêt, compte tenu de l'évolution de cette catégorie de sociétés.

Il suffisait, en effet, au gérant d'être désigné par les statuts, ou par un acte modificatif de ces derniers, et de détenir plus de vingt cinq pour cent du capital social pour mettre en échec toute tentative de révocation.

La société à responsabilité limitée présente donc l'avantage de jouer le rôle de « révélateur », à raison justement des solutions antérieures et du régime instauré par la loi du 24 juillet 1966.

La société anonyme de type classique n'a pas subi, avec la loi nouvelle, de réforme sensible (dans le domaine du moins de la révocation). En revanche, la société à responsabilité limitée a quitté la structure contractuelle, pour des règles à la fois plus impératives, et plus équilibrées.

La chronologie se double ici d'une stratification des techniques : si la loi du 7 mars 1925 consacrait l'immovibilité des gérants pour des raisons dictées par l'*intuitus personae*, la loi du 24 juillet 1966 instaure désormais une révocabilité équilibrée.

§ 1. — Immovibilité et « intuitus personae »

49. A la suite de la loi du 7 mars 1925, les auteurs avaient été hésitants sur la catégorie de sociétés à laquelle appartenait la société à responsabilité limitée : société de capitaux ou de personnes.

Certes, il était plus simple d'indiquer qu'elle avait une nature « hybride ».

(1) ESCARRA et RAULT, t. IV, n° 1418 B.

(2) G. ZAQUIN, thèse précitée, p. 172.

Néanmoins, il a fallu attendre la loi de 1966 pour faire basculer la société à responsabilité limitée dans la famille des sociétés de capitaux : le caractère fermé de cette société, le maintien de l'association contre son gré dans la société, l'irrévocabilité des gérants enfin ont été fortement modifiés par la nouvelle législation.

Il importe de rappeler ici la distinction posée par la doctrine (1) en application de la combinaison des articles 1856 et 2004 du Code civil, dans le système antérieur à 1966.

Partant de la conception traditionnelle du mandat, sensible surtout dans les sociétés de personnes, la jurisprudence avait admis que les associés pouvaient donc retirer leur procuration quand bon leur semblait.

Il avait fallu adapter les termes de l'article 1856 du Code civil : ce qui conduisait à admettre que si le pouvoir du gérant lui a été conféré par le contrat de société, à la fondation de cette dernière, le gérant « ne peut être révoqué sans cause légitime tant que dure la société » — alors que si ce pouvoir a été donné par un acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat » (2).

50. Cette solution, consacrée par la Cour de Paris, reçut notamment l'approbation de M. Ripert, pour lequel le critère juridique de la situation du gérant était : « la cause juridique de son droit ».

Au sort du gérant dit « statutaire », nommé par les statuts originaires, ou par toute modification ultérieure de ces derniers adoptés par une majorité exprimée par une assemblée générale extraordinaire, on opposait donc le sort du gérant simplement nommé par une assemblée générale ordinaire, en exécution des statuts. Ce dernier était considéré comme « un simple mandataire des associés », donc révocable librement.

Cette distinction avait constitué une scission entre le domaine de l'irrévocabilité, groupant la majorité des cas, — et le domaine de la révocabilité, domaine résiduel.

La loi de 1925, dans son article 24, avait reçu une application uniforme des tribunaux : une cause légitime devait accompagner toute révocation. La jurisprudence avait d'abord considéré que l'exigence d'une cause légitime, insérée à l'article 24 de la loi du 7 mars 1925 n'était pas d'ordre public. Il pouvait donc y être dérogé par une clause insérée aux statuts, attribuant tous pouvoirs à l'assemblée pour révoquer *ad nutum* le gérant (3).

Cette situation dura jusqu'à un arrêt rendu par la Chambre

(1) RIPERT, note D.P., 1927.2.113 ; AUTESSERRE, D., 1957, Chron. IV ; *contra* : LEBLOND, *Journal des sociétés*, 1949, Doctr. p. 353.

(2) Paris, 18 nov. 1926, D.P., 1927.2.113, note Ripert.

(3) Paris, 24 juin 1944, J.C.P., 1946.I.3187 ; Req., 21 mars 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.1.947, *Sem. jur.*, 1939.1218.

des requêtes le 23 février 1944 (1) décidant que la révocation d'un gérant sans cause légitime ne pouvait être que nulle.

La jurisprudence a donc admis, jusqu'à la prise d'effet de la nouvelle législation, le principe d'ordre public de la révocabilité à la majorité simple du gérant non statutaire pour cause légitime uniquement, — et pour cause légitime également, mais à la majorité de l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 — en ce qui concerne le gérant statutaire (2).

51. Elle a tellement admis cette stabilité, que certaines décisions en sont arrivées à se demander si « l'irrévocabilité était d'ordre public » ou non ! La doctrine a emboîté le pas aux tribunaux (3) renversant ainsi allègrement la règle initiale.

La jurisprudence a ainsi élaboré une protection efficace des gérants n'admettant que rarement une cessation de leurs fonctions, s'écarter même des bases fournies par le contrat de mandat.

Il est remarquable de citer à cet égard un arrêt de la Cour de Paris (4) du 9 décembre 1932, prévoyant expressément que l'article 2003 du Code civil, aux termes duquel notamment la déconfiture du mandataire ou du mandant met fin au mandat, « n'est pas applicable à un gérant de société à responsabilité limitée », car il ne vise que le mandataire ordinaire.

Or la jurisprudence, encouragée par la doctrine (5) avait assimilé, comme cause de cessation du mandat, à la déconfiture, la faillite ou la liquidation judiciaire de l'une des parties.

L'article 31 de la loi du 7 mars 1925 reçut également une application favorable à l'irrévocabilité, l'une des premières décisions prises sous l'empire de cette loi décidant qu'une société à responsabilité limitée, formée par deux associés, devait voir jouer, pour la révocation du gérant statutaire, la règle de l'unanimité entre les deux membres de la société (6).

Prenant donc pour point de départ la technique du mandat, la situation des gérants avait fait l'objet d'un renversement de tendance.

(1) S., 1946.1.9, note Lagarde.

(2) Paris, 3^e Ch., 15 déc. 1952, *J.C.P.*, 1953.II.7763 et note Bastian ; Trib. com. Versailles, 3 oct. 1951, D., 1952.J.120, confirmé par la décision précédente. Dans le sens de cette tendance à la protection des gérants de société à responsabilité limitée, cf. M. COPPER-ROYER, in note sous Cass. civ., 12 juill. 1955, D., 1956.593. Pour cet auteur, tous les gérants seraient statutaires, — bénéficiant donc des dispositions de l'article 31 de la loi du 7 mars 1925, — en vertu de l'obligation prévue aux articles 14 et 17 de la même loi. — *Contra* : Douai, 13 mai 1955, *J.C.P.*, 1956, éd. C.I. 57750.

(3) Not. HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général des sociétés*, t. II, n° 1521 : la règle posée par l'article 24 de la loi du 7 mars 1925 ne serait pas d'ordre public : rien ne s'oppose donc à la révocabilité *ad nutum* des gérants, ou à une irrévocabilité statutaire.

(4) Paris, 3^e Ch., 9 déc. 1932, D.H., 1933, p. 104.

(5) Cf. not. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XI, n° 1495 et note Percerou, sous Civ., 31 juill. 1912, D., 1913.1.81.

(6) Trib. com. Le Havre, 13 nov. 1934, *Journ. soc.*, 1937, p. 314.

Lorsqu'elle résultait des statuts, on admettait que la nomination du gérant avait été l'un des éléments déterminants de la signature du contrat de société : cet *intuitus personae* a marqué le statut des dirigeants de sociétés à responsabilité limitée.

Cet élément traditionnel du droit des contrats ne trouve plus sa place dans la réforme de 1966, qui instaure une formule équilibrée se rapprochant des notions professionnelles, et des relations du travail.

§ 2. — La révocabilité équilibrée

L'équilibre instauré découle de l'affirmation très nette d'un principe de révocabilité, en tout état de cause, — protégé de tout abus par la nécessité d'un juste motif, ou d'une cause légitime.

A. — LA RÉVOCATION IRRÉVERSIBLE.

52. Aux termes de l'article 55 de la loi du 24 juillet 1966, le gérant est désormais révocable par décision des associés représentant plus de la moitié du capital social, nonobstant toute clause contraire des statuts, — ou encore par décision judiciaire, pour cause légitime, à la demande de tout associé.

Une observation fondamentale doit être faite : les mobiles de la décision collective n'ont plus guère à être fondés, — la révocation *ad nutum* est consacrée (1). Toutefois, un tempérament à cette facilité de révocation est prévu, n'ôtant rien à la nature même de la révocation : le dirigeant évincé pourra à la limite demander aux tribunaux une indemnité : il ne peut être réintégré dans ses fonctions.

Le législateur a entendu lutter contre la pérénnité de la personne du fondateur, grâce à la stabilité assurée à « son fils, son gendre, ou son neveu » (2).

Le contraste apparaît d'autant plus grand que la désignation d'un gérant, dans le courant de la vie sociale, peut intervenir à une majorité supérieure à celle prévue par les articles 49, alinéa 2 et 59 alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966 : il résulte d'une réponse de M. le Garde des Sceaux du 19 juillet 1969 que « les statuts peuvent exiger une majorité supérieure à celle prévue par la loi » (3).

Le ministre observe en outre que de ce chef, le législateur de

(1) Michel TROCHU, « L'entreprise : antagonisme ou collaboration du capital et du travail », *R.T.D.C.*, 1969, p. 686.

(2) Michel TROCHU, *op. cit.*, p. 687.

(3) Réponse à M. C. Bonnet, député, Déb. Ass. nat., 19 juill. 1969, p. 1891, n° 5912. M. Bonnet demandait si la loi permettait que cette majorité soit portée aux trois quarts du capital social, — et que cette nomination dans de telles conditions demeurât de la compétence de l'assemblée générale ordinaire.

1966 a entendu reprendre les dispositions de l'article 27 de la loi du 7 mars 1925 en la matière, — alors qu'il a entendu réputer non écrite toute clause exigeant une majorité supérieure à cinquante et un pour cent du capital social en matière de révocation du gérant (1) ou toute clause contraire (2).

Que le gérant soit statutaire ou non, les mêmes règles doivent présider à sa libre révocation.

La société à responsabilité limitée a quitté le domaine des sociétés de personnes : il suffit de rappeler pour s'en rendre compte que la société en nom collectif connaît des révocations de gérant à l'unanimité des autres associés (3).

53. Il résulte d'une ordonnance rendue par le président du Tribunal de commerce de Paris, que la procédure même de révocation, indépendamment de tout examen au fond de la mesure elle-même, doit pouvoir intervenir en tout état de cause (4).

Le législateur dans l'article 55 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit que la révocation doit intervenir consécutivement à une assemblée générale, ou ensuite d'une consultation écrite et ce en dehors de toute crise de fonctionnement. Or il est apparu en l'espèce que la gérante d'une société à responsabilité limitée se refusait à convoquer une assemblée générale. Utilisant l'une des trois techniques prévues pour pallier cette situation, une associée de cette société à responsabilité limitée, détenant de surcroît le plus grand nombre de parts sociales, se prévalut devant le magistrat statuant en référé des dispositions de l'article 57, alinéa 4 de la loi (5), en demandant en justice que soit désigné un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et d'en déterminer l'ordre du jour.

L'ordonnance décidait la nomination d'un mandataire chargé de convoquer « réunir, et présider », une assemblée générale ayant pour objet la révocation de la gérante en titre, et la nomination d'un successeur à ce poste (6).

B. — LE CONTROLE A POSTERIORI.

54. Dans le contrat de mandat, la révocation *ad nutum* du mandat peut intervenir, mais il appartiendra au mandataire de prouver

(1) Art. 50, al. 2, L. 24 juill. 1966.

(2) Art. 55, L. 24 juill. 1966.

(3) Article 16 de la loi du 24 juillet 1966, modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 67-559 du 12 juillet 1967, et excluant du vote le gérant associé visé par la révocation.

(4) Trib. com. Seine (référé), 6 déc. 1968, *Gaz. Pal.*, 1969.1.314.

(5) Les trois techniques prévues à cet effet comportant, outre l'alinéa 4 de l'article 57 de la loi, l'alinéa 3 de cet article (demande de réunion d'une assemblée par un ou plusieurs associés représentant au moins le 1/4 en nombre et en capital, ou la moitié du capital social) — et l'alinéa 2 de cet article (convocation par le commissaire aux comptes, si la société en est pourvue).

(6) Cep. Paris, 14^e Ch. (référés), 17 oct. 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13968, note J. A.

l'abus de droit pour obtenir une indemnité dans le cadre du mandat salarié (1).

Le principe est alors la liberté de révocation, la limite étant constituée par la théorie de l'abus de droit.

L'article 55 de la loi de 1966 prévoit en cas de révocation par l'assemblée générale ordinaire l'exigence d'un « juste motif », — et en cas de révocation judiciaire, à la demande de tout associé, une cause légitime.

La cause légitime, appréciée lors de la demande en révocation judiciaire, sera par hypothèse concomitante, voire antérieure à la mise à l'écart du gérant : il semble que le rôle des tribunaux suffise à écarter la théorie de l'abus de droit.

En revanche, au cas de révocation par l'assemblée, il semble nécessaire de préciser que le « juste motif » ouvre une responsabilité plus grande — lorsqu'il n'existe pas — que la théorie classique de l'abus de droit.

Celle-ci nécessitait la recherche d'une intention de nuire, délibérée. L'absence de juste motif est plus large : elle recouvre toute révocation ne sanctionnant pas une faute du gérant.

Ces règles étaient déjà en vigueur sous l'empire de l'article 24 de la loi du 7 mars 1925, et la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de confirmer : « Qu'en vertu des dispositions de l'article 24, ce sont les règles du mandat qui doivent être appliquées aux conditions de la nomination, de la révocation, et de la responsabilité du gérant et ce même article dispose que les gérants nommés par l'acte de société ou par un acte postérieur ne sont révocables que pour un motif légitime... Le mandat étant un contrat, rien ne peut obliger le mandant à exécuter ses obligations s'il ne le veut pas, ... mais il résulte du texte précité que faute de motif légitime à cette révocation, le gérant a droit à des dommages intérêts, les associés ayant commis en ce cas un abus de droit » (2).

Dans le mandat, l'abus de droit peut revêtir un aspect vexatoire, brutal, ou diffamatoire, par exemple, — alors que le gérant de société moderne pourra invoquer l'abus de droit lorsque la révocation est simplement infondée (3).

Le mandat en effet, recouvre mal les rapports entre les organes et la société. Mais il explique encore plus mal le statut personnel de ces organes.

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. II, n° 1491 ; COLIN et CAPITANT, II, n° 949.

(2) Trib. com. Seine, 16 janv. 1958, *Bull. inf. soc. Joly*, 1958, p. 67, 50-I. Il convient de relever l'impropriété de la détermination des responsables, savoir « les associés ».

(3) Voir note Dalsace, sous Paris, 3 avr. 1963, D., 1963.646, et thèse C. Zaquin, précitée, Paris, 1970, p. 170 et s.

TITRE II

L'INADAPTATION DU MANDAT AU STATUT PERSONNEL DES DIRIGEANTS SOCIAUX

55. Après un premier titre consacré essentiellement aux relations entre la société et ses dirigeants, il faut envisager les éléments les plus caractéristiques du statut personnel de ces derniers.

Nous opposerons la notion de « statut » à celle de rapports. Le statut est l'ensemble des règles objectives qui permettent de caractériser une situation : or on peut dire que les administrateurs, par exemple, sont régis par cet ensemble de règles.

Cédant à la triste mode du néologisme, nous pourrions dire que nous quittons le domaine « relationnel » pour aborder le domaine personnel.

Ce domaine personnel recouvre aussi bien l'étude des pouvoirs inaliénables des dirigeants sociaux, que la possibilité pour eux d'être également salariés de l'entreprise qu'ils dirigent, les problèmes de rémunération ou encore l'appréciation du degré de diligence qu'ils doivent fournir.

SOUS-TITRE I

LE STATUT PERSONNEL DES ORGANES DE DIRECTION

Chapitre I. — L'autonomie des pouvoirs des organes.

Chapitre II. — Le cumul d'une fonction salariée et de direction.

Chapitre III. — La nature juridique de la rémunération du directeur général.

Chapitre IV. — L'appréciation de la diligence du mandataire : l'incidence professionnelle.

CHAPITRE I

L'AUTONOMIE DES POUVOIRS DES ORGANES

56. Il faut souligner les liens indissolubles entre la fonction et les pouvoirs qui y sont attachés.

Nous avons vérifié (1) que le pouvoir de représentation des dirigeants excédait celui des mandataires dans les rapports entre la société et les tiers. Cette vérité apparaît encore plus éclatante lorsque l'on examine la possibilité pour le mandant d'accomplir lui-même la mission qu'il avait confiée au mandataire.

Le droit d'essence contractuelle découlant du mandat consacre librement la possibilité pour le mandant, de révoquer le mandat, en conformité des dispositions de l'article 2004 du Code civil. Il en est déduit que le mandant peut lui-même exécuter l'acte qu'il avait donné au mandataire mission d'accomplir (2).

Une telle faculté est ouverte à tout moment au mandant (3), et ce sans même qu'en soit préalablement averti le mandataire, — le juge du fait ayant toute latitude pour déduire de l'attitude du mandant une révocation tacite du mandat.

Une observation préalable à la comparaison entre le mandat et le droit des sociétés s'impose : il ne s'agit pas ici de la possibilité pour le mandataire de se faire substituer, en cours de contrat par un remplaçant : il s'agit d'un acte accompli par le mandant, aux lieu et place du mandataire, pendant que ce dernier est encore investi de ses pouvoirs, — ceux-ci ne prenant fin précisément que par cette exécution de l'objet du mandat par le mandant.

Une telle hypothèse risque-t-elle de se rencontrer en matière de sociétés ? Il ne le semble pas, en l'état d'une jurisprudence déjà ancienne et récemment confirmée.

(1) Voir *supra*, titre I^{er}, Chap. II, p. 31 et s.

(2) Civ., 4 juin 1913, S., 1914.1.179 (rejet) ; Bordeaux, 13 févr. 1832. Voir *Rép. Dalloz*, V^o mandat, n^o 426 ; Paris, 19 nov. 1908, S., 1910.2.165 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1970 (rejet), *Bull. civ.* I, n^o 204, p. 167.

(3) AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. 6 par ESMEIN, n^o 416, p. 234 et s. ; P. JAUBERT, *Juris-Classeur civil*, art. 2003, et 2010, Fasc. H, n^o 64, p. 8, note Jean-Luc Aubert ; *Répertoire du notariat Desfrénois*, n^o 3, 15 févr. 1971, p. 183, n^o 12.

Nous ne sommes plus au cœur des rapports entre la société et les tiers, mais au sein de la structure interne de la société de capitaux. Cette structure est institutionnalisée et reçoit de ce fait des applications multiples.

SECTION I

L'ORGANISATION INSTITUTIONNELLE DE LA SOCIÉTÉ

Cette organisation, hiérarchisée, semble généralement plus normale dans la société anonyme que dans d'autres types de société. Elle se retrouve cependant dans une société proche des groupements de personnes : la société à responsabilité limitée.

§ 1. — La société anonyme

57. La Cour régulatrice a admis que les administrateurs de sociétés anonymes ne sauraient renoncer à leur pouvoirs propres de gestion, — que ce soit au profit des actionnaires, ou d'un tiers (1). En l'espèce, le président du conseil d'administration bénéficiait d'avances consenties par un créancier. Celui-ci entendait poser en contrepartie que son autorisation soit nécessaire à certains actes de gestion.

Dès avant la réforme du droit des sociétés, un arrêt avait refusé avec force à l'assemblée générale des actionnaires le droit d'empiéter sur les pouvoirs de gestion du conseil d'administration, la Cour (2) affirmait notamment que : « la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés, et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration ». Ainsi, nonobstant l'élection conférée par l'assemblée générale, — expression pourtant d'une certaine « volonté générale », — une fois l'organe constitué, il se détache du pouvoir du mandant, pour acquérir une personnalité autonome, sans être simplement le prolongement de l'assemblée. Dès lors, la Cour suprême posait clairement en principe que les pouvoirs du Conseil ne provenaient pas d'une délégation de pouvoirs, et encore moins d'une délégation de signature émanant de la collectivité des membres de la société.

Un arrêt récent conforte encore cette constatation (3), puisque

(1) Cass. com., 11 juin 1965, *Rev. trim. dr. com.*, 1965, p. 861. Cf. Trib. civ. Seine, 9 juill. 1953, *Rev. soc.*, 1954, p. 180.

(2) Cass. civ., 4 juin 1946, *Sem. jur.*, 1947.II.3518 (arrêt *Motte*) et S., 1947.1.153, note Barbry.

(3) Cass. Ch. crim. com., 31 janv. 1968, D., 1968.J.321.

la Cour de cassation dans un arrêt du 31 janvier 1968, se prononce pour une impossibilité par l'assemblée générale de réparer par une ratification ultérieure le vice entachant la nomination du président-directeur général. Pour ce faire, la juridiction suprême observe que c'est en vertu de la loi du 24 juillet 1867 — et des textes modificatifs (particulièrement l'article 12 de la loi du 4 mars 1943) — qu'il appartient au seul conseil d'administration de nommer son président. Certes, en l'espèce, un administrateur demeuré seul en fonctions, avait coopté deux nouveaux administrateurs, se faisant nommer président.

Malgré une ratification postérieure par l'assemblée, se prétendant source de toute élection des membres du conseil d'administration, l'arrêt précise que l'assemblée est incompétente pour couvrir un vice entachant la nomination d'un président-directeur général, — chaque organe de la société ayant sa mission propre, son domaine d'activité, dans lesquels il n'est pas permis aux autres d'empiéter (1).

58. Au regard de cette jurisprudence, il apparaît possible d'affirmer que l'origine des pouvoirs des organes est institutionnelle, et n'a rien de commun avec les pouvoirs découlant de la délégation de pouvoirs. Chaque fois qu'il y aura partage de compétence, il devra jouer dans le sens de l'organisation hiérarchique. En réalité, il suffit de citer l'arrêt *Motte* (2) : « ... l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; il n'appartient *donc* pas à l'assemblée générale d'empiéter... ».

Comprise de façon exégétique, la conjonction « donc » ne se justifie pas dans une optique classique : c'est « cependant » qui eut davantage trouvé sa place, pour mieux faire ressortir l'indépendance entre l'élection par l'organe « souverain » qu'est l'assemblée, et l'impossibilité pour cette dernière de reprendre ce qu'elle avait donné par l'élection. S'il y a mandat, il n'est pas impératif mais représentatif.

Comment ne pas évoquer ici les règles du droit public et des institutions politiques : si à l'origine, l'élection démocratique avait un caractère impératif, on s'est vite rendu compte que ce caractère, calqué sur celui du droit civil (3) était inapplicable. Dès lors, la doctrine dominante affirme sans hésiter qu'il ne peut y avoir de place en matière démocratique que pour un mandat représentatif, avec les conséquences suivantes :

— l'élu décide en tout indépendance de toutes les questions qui peuvent se poser, sans qu'il soit besoin de ratification ;

(1) Voir NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, p. 263 et s.

(2) Voir *supra*, p. 93.

(3) M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Thémis, p. 81.

— l'élu n'a aucun compte à rendre à telle ou telle fraction d'électeurs, mais à la collectivité, — et en tous cas, pas en cours de mandat (1).

La conception démocratique a envahi le droit des sociétés modernes : il en faut retenir ce qu'elle a d'essentiel, même si certaines de ses dispositions coïncident mal avec les dispositions autocratiques du mandat prévu par le Code civil.

Ce phénomène, admis pour la société anonyme présente un grand intérêt lorsqu'on l'applique à la société à responsabilité limitée : celle-ci bascule dans le groupe des sociétés institutionnalisées.

§ 2. — La hiérarchisation de la société à responsabilité limitée

Il faut analyser tantôt l'impossibilité pour le gérant de déléguer ses pouvoirs, tantôt l'impossibilité pour l'assemblée générale de les lui ôter.

A. — L'IMPOSSIBILITÉ POUR LE GÉRANT D'ABANDONNER SES POUVOIRS.

59. La jurisprudence avait dans un premier temps suivi une voie inspirée des principes contractuels, permettant la substitution de mandataire. Le gérant pouvait donc, à l'origine, déléguer ses pouvoirs.

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation (2) est venu admettre la délégation par deux cogérants d'une société à responsabilité limitée de tous leurs pouvoirs à un directeur général salarié, seul responsable envers eux, et doté de la signature sociale. La Cour avait même admis qu'en conférant une telle délégation, l'un des deux gérants avait définitivement renoncé à exercer ses fonctions.

C'était substituer à la démission la désuétude, ou l'absence, — c'était surtout encourager l'irresponsabilité, la faute demeurant en rapport avec l'activité.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine réagit, en décidant (3) que les pouvoirs donnés au gérant d'une société à responsabilité limitée lui sont essentiellement personnels, et ne peuvent dès lors faire l'objet d'une transmission globale, — qu'il s'agisse d'une délégation générale, ou — comme se présentait le cas d'espèce — d'une somme de pouvoirs spéciaux additionnés : la société ne pouvait dès lors être engagée.

(1) G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., 12^e éd., p. 128.

(2) Cass. civ., Sect. com., 2 déc. 1952, D., 1953.J.181, J.C.P., 1953.II.7529.

(3) Trib. civ. Seine, 9 juill. 1953, J.C.P., 1954.II.6074.

Se dégageait donc une tendance très nette à l'assimilation intégrale du titulaire nominal de la fonction et des pouvoirs attachés à cette fonction : elle jouait aussi bien dans le sens de l'abdication par les gérants de leurs pouvoirs que de l'ingérence de la société dans ce domaine.

B. — L'IMPOSSIBILITÉ POUR L'ASSEMBLÉE DE DISPOSER DES FONCTIONS DE GESTION.

60. Les gérants étant les « organes légaux », ou encore, les « représentants légaux de la société », il a été jugé (1) que la désignation par la collectivité des associés de deux associés non gérants aux fins d'intenter une action en expulsion à l'encontre d'un préposé titulaire d'un logement de fonction ne peut être assortie d'efficacité : la demande formée par ces personnes était irrecevable.

Les motifs invoqués par la Cour de Rouen se fondent sur une application de la structuration de la société par l'article 24 de la loi du 7 mars 1925 puisque cette dernière a conféré aux gérants tous les pouvoirs pour agir au nom de la société en toute circonstance. Ce courant en faveur de la hiérarchisation, appuyé sur une application assez stricte de la séparation des pouvoirs, n'a pas manqué d'attirer les observations de la doctrine, qui a considéré que les pouvoirs institutionnels prenaient le pas sur les pouvoirs contractuels, — s'agissant même des gérants statutaires.

Malgré leur intégration à « l'édifice social » (2) les gérants statutaires voient leur position dominante — tirée des considérations *d'intuitus personae* s'estomper par l'intervention croissante de normes institutionnelles.

Les pouvoirs des gérants de société à responsabilité limitée « participent tous d'un certain caractère institutionnel, les modalités de ce caractère variant seulement avec la nature juridique de l'acte qui est à l'origine de leurs pouvoirs » (3).

L'organe social tient donc ses pouvoirs de la loi, et il n'y saurait renoncer, — de même que l'on ne saurait l'en priver, même au nom d'un principe hiérarchique d'autorité classique : l'autorité du mandant a laissé la place au partage horizontal des compétences. On s'en rend compte à l'examen des incitations législatives et jurisprudentielles à l'autonomie.

(1) Rouen, 2^e Ch. civ., 16 juin 1961, *Journ. spéc. soc. act.*, n° 135 du 16 déc. 1961.

(2) J. AUTESSERRE, Chron. précitée, D., 1957, p. 24.

(3) J. AUTESSERRE, *loc. cit.*

SECTION II

APPLICATIONS DE L'AUTONOMIE

Il s'agit essentiellement de prendre pour objectif des domaines où le rôle des dirigeants s'avère irremplaçable, que ce soit la loi ou les tribunaux qui l'imposent : le pourvoi en cassation, l'affectation hypothécaire, et le serment décisoire.

§ 1. — Le pourvoi en cassation

61. Un domaine, commun d'ailleurs, à la société à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes mérite une attention particulière, en l'état d'un alignement de la jurisprudence sur le courant précédemment dégagé.

En matière de pourvoi en cassation, notamment pour les affaires dispensées du ministère d'avocat (1), la jurisprudence a évolué dans le sens de la reconnaissance de cette personnalisation des pouvoirs du gérant. A l'origine, la Cour suprême considérait qu'un pourvoi formé par un gérant au nom de la société devait être déclaré irrecevable, faute de la production par ce gérant d'un pouvoir spécial à cette fin (2).

Cependant, un arrêt du 19 juillet 1966, rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation (3) semble être revenu sur cette conception en posant en principe que seul le gérant a qualité pour former un pourvoi en la matière, — de telle sorte que le pourvoi doit être déclaré irrecevable s'il est formé par un mandataire ou fondé de pouvoirs du gérant.

Une évolution similaire a été réalisée en matière de société anonyme, où un premier arrêt de la Cour suprême décida (4) qu'en conformité des dispositions de l'article 36 de la loi du 23 juillet 1947, dans les affaires où les parties sont dispensées du ministère d'un avocat à la Cour de cassation, *seul le demandeur en personne ou un mandataire nanti d'une procuration spéciale pouvait former le pourvoi* (5).

La Cour, dès lors, refuse au mandataire du chef de contentieux, quoique muni d'un pouvoir spécial à cet effet, la possibilité de déposer sa déclaration.

(1) Art. 36, L. 23 juill. 1947 et art. 21 et s., décr. n° 67-1210, 22 déc. 1967.

(2) Cass. civ., 19 avr. 1956, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1956.IV, p. 253, n° 348.

(3) Cass. civ., Ch. soc., 19 juill. 1966, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1966.IV.

(4) Cass. civ., 6 mars 1958, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1958.IV, n° 334, p. 234.

(5) Confirmation en a été donnée par une réponse ministérielle, *Rev. trim. dr. com.*, 1971, p. 129, n° 6 — Réponse à M. Lebas, député.

La Cour de cassation a admis en revanche, plus récemment (1) qu'un tel mandat pouvait être conféré à un tiers par le président-directeur général ou le directeur général doté des mêmes pouvoirs que le président par le conseil d'administration. Cette considération des pouvoirs propres des organes de direction de la société anonyme, sans en référer au conseil d'administration, ni à l'assemblée, confirme si besoin était l'autonomie et la personnalisation des pouvoirs du président du conseil d'administration.

§ 2. — L'affectation hypothécaire

62. Un rapprochement peut être fait avec les dispositions de l'article 4 de la loi n° 66-653 du 24 juillet 1966 (2). Ce texte permet aux dirigeants de sociétés de consentir hypothèque sur les immeubles sociaux sans être habilités spécialement à cet effet en vertu d'un acte authentique — mais uniquement par acte sous seings privés, qu'il s'agisse de statuts, ou d'une délibération de la collectivité des associés.

En effet, aux termes d'une jurisprudence constante issue de principes très anciens, lorsque la loi impose en vue d'un acte la forme authentique, il faut que le pouvoir conféré au mandataire à l'effet de passer cet acte revête la même forme.

Il en résultait traditionnellement l'obligation dans le silence de la loi, de faire conférer par la personne morale à ses dirigeants une procuration notariée à cette fin, à moins que les statuts n'aient été eux-mêmes passés en la forme authentique (3).

Le législateur de 1966 a prévu, avec l'article 1860 du Code civil une telle faculté pour les représentants légaux de la société — afin d'étendre à toutes les sociétés commerciales ou civiles, cette dérogation au principe jurisprudentiel de l'habilitation authentique.

La généralisation de cette solution est un indice de la pénétration légale au sein du domaine contractuel.

L'extension de ce champ d'application va d'ailleurs de pair avec une restriction de la notion de « représentants légaux ». Il

(1) Cass. civ., Ch. soc., 17 nov. 1965, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1965.IV, p. 575, n° 690.

(2) Ajoutant un alinéa 2 à l'article 1860 du Code civil, ainsi libellé : « les représentants légaux de la société peuvent consentir hypothèque au nom de celle-ci, en vertu des pouvoirs résultant soit des statuts, soit d'une délibération des associés prise dans les conditions prévues aux statuts même si ceux-ci ont été établis par acte sous seing privé ».

(3) Cass. civ., 30 oct. 1929, S., 1929, note Lagarde, p. 129 ; à propos de la déclaration notariée de souscription dans la constitution de la société anonyme, D., 1930.1, note Chéron ; Cass. civ., 4 mai 1925, S., 1925.1.300 ; BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL, *Mandat*, 3^e éd., n° 465 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. I, n° 197 ; Cass. civ., 3 déc. 1883, S., 1891.525.

résulte d'une réponse ministérielle (1), en effet, que le « terme représentants légaux » ne doit recouvrir « *que les organes de la société* », — les pouvoirs conférés par ces derniers à des tiers mandataires chargés de passer l'acte authentique portant affectation hypothécaire devant obligatoirement revêtir la forme authentique (2).

La notion de représentant légal s'éloigne de la notion de mandataire — le contrat et sa technique n'ayant plus rien de commun avec l'organisation de la personne morale.

On le vérifie encore mieux avec l'examen d'une question controversée, et teintée de « personnalisme » : le serment décisoire.

§ 3. — Le serment décisoire

63. D'après l'article 1359 du Code civil, le serment décisoire ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Ce mode de preuve entraîne des conséquences extrêmement graves pour chaque partie en cause, à raison de son caractère irrévocable, et de son autorité absolue à l'égard du juge (3). Un arrêt ancien avait donc conclu que cette solennité, ne pouvant émaner d'une autre personne que l'intéressé, était inapplicable aux personnes morales (4), — suivi en cela par une doctrine sévère, pour laquelle la délation du serment à l'administrateur de la société n'est pas licite, sa personne ne se confondant pas avec la personne morale (5).

Une jurisprudence plus moderne perpétuait cette tendance en stigmatisant « la mémoire collective de l'entreprise », qui ne serait le plus souvent qu'un mythe (6).

Se pose donc le problème de l'individualisation de la mémoire : la succession d'administrateurs, diluant en quelque sorte les souvenirs sur lesquels porte le serment, ne laisse place qu'à cette faculté estompée qu'est la mémoire collective de la personne morale.

Ces critiques permettaient à une jurisprudence moderne (7) reprenant à son compte une doctrine déjà ancienne (8) de décider que le représentant légal de la société, personne physique (9), appelé en

(1) Réponse de M. le Garde des Sceaux à M. Collette, député, *J.*, Déb. Ass. nat., 15 mars 1969, n° 3809, p. 643.

(2) *Rev. trim. dr. com.*, 1971.112, n° 6, obs. Champaud.

(3) Cass. civ., 14 mars 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14614, note J. A.

(4) Lyon, 12 févr. 1890, *D.P.*, 1891.2.247.

(5) La doctrine insistant sur l'assimilation artificielle du « mandant » et du « mandataire ».

(6) Paris, 12 mars 1966, *Rev. trim. dr. com.*, 1967, p. 913, obs. Boitard, et note J. A., *J.C.P.*, 1966.II.14747. Cp. Trib. corr. Beyrouth, 27 nov. 1932, *S.*, 1933.4.29.

(7) Paris, 29 oct. 1968, *J.C.P.*, 1968.II.15677, note P. L.

(8) AUBRY et RAU, t. XII, 6^e éd., p. 112 et s., n°s 753 et s.

(9) Le problème se complique lorsque c'est une personne morale qui est administrateur ... le « représentant permanent » créé par la nouvelle législation peut-il prêter serment aussi simplement ?

cette qualité à prêter serment, pouvait concrètement et utilement le faire, *s'il avait déjà été en place lors de la survenance des faits invoqués*. Cette doctrine estimait que c'était la personne physique qui prêtait en réalité le serment, — dont les conséquences incombaient à la personne morale.

Cette affirmation s'appuie sur une observation de procédure : alors que le problème était posé de savoir s'il fallait attirer le représentant légal au procès, non plus es qualités, mais personnellement (1), certains arrêts, rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation (2) ont admis *qu'étant cités es qualités, il suffisait que le représentant légal ait eu connaissance des faits personnellement, ou qu'il ait participé directement aux faits invoqués*.

La jurisprudence semble avoir apaisé sa conscience au regard de l'existence du « fait personnel » prévu par l'article 1359 du Code civil : il s'agit en réalité d'une personnalité au second degré, car si la connaissance des faits peut revêtir cet aspect, les conséquences du serment en revanche retombent directement sur la personne morale : c'est ce scrupule qu'a dû surmonter la jurisprudence pour justifier de la représentation de la société par ses organes.

Un arrêt récent observe que le président-directeur général de société anonyme « était celui-là même qui avait traité l'affaire donnant lieu au litige », et que partant, l'exigence de la loi était à coup sûr remplie, — cette personne pouvant se prononcer d'après le souvenir qu'elle avait des faits litigieux (3).

Nous ne pensons pas que tel soit le fondement de l'exigence légale : la loi a voulu selon nous que l'on soit appelé à jurer sur des faits connus, certes, — cependant elle a assorti le serment décisoire de conséquences telles qu'elle a voulu que le risque encouru soit personnel à l'auteur du serment : c'est le résultat inverse de celui obtenu par le droit positif.

En réalité, le président-directeur général n'est pas un simple mandataire : c'est « l'organe de direction de la société, et en tant que tel, il personnifie celle-ci » (4). — Il est alors logique que la société subisse les effets du serment — .

(1) Not. LAURENT, XX, 239 ; AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(2) Cass. soc., 3 mars 1966, *J.C.P.*, 1966.IV.55. Et Cass., 30 nov. 1966, *J.C.P.*, 1967, G. IV.4. Il convient cependant de préciser que ces arrêts dans le domaine de la prescription (en application des dispositions de l'article 2275 du Code civil), sont rendus en termes plus souples que ceux appliquant l'article 1359 du Code civil.

(3) Colmar, 2^e Ch., 10 oct. 1969, *Schultz c/ Société Joinautic*, *J.C.P.*, 1970.II. 16169, obs. J. A. et *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 142, obs. Houin. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que l'arrêt, abordant le problème « en fait », énonce : « attendu qu'il ressort des faits de la cause que l'affaire de l'acquisition d'un bateau a été traitée par le président-directeur général personnellement — que la société le reconnaît... que le serment peut lui être déféré ».

(4) HOUIN, *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 142 ; M. Houin s'appuie pour fonder sa réflexion sur le traité de M. MICHOUX, *La théorie de la personne morale et ses applications en droit français*, 3^e éd., par M. TROTABAS, t. 2, n° 261.

Cette explication s'insère dans la théorie générale de la représentation, et dans le contexte des pouvoirs légaux appartenant à l'organe de direction des sociétés anonymes.

CONCLUSION

64. Les exemples peuvent être multipliés à l'envi, et le principe de l'autonomie des pouvoirs revêt une valeur absolue en matière de représentation.

Les exemples d'autonomie abondent : le droit fiscal en fournit d'intéressants. C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1964 (1) décidant que l'ancien gérant d'une société à responsabilité limitée, transformée en société anonyme, n'avait pas qualité pour introduire au nom de la société anonyme (la transformation ayant laissé subsister la personnalité morale), un recours en déchargement d'impôts, ces derniers étant cependant antérieurs à la transformation. L'organe compétent en l'absence de toute délégation pour former une telle réclamation devait être le représentant légal actuel de la société.

L'organe représente la société de plein droit : l'idée de mandat est trop sujette à caution pour être retenue.

Cette théorie de l'organe régit totalement les engagements de la société envers les tiers. Elle s'efface cependant dans les rapports de la société et de ses dirigeants axés sur des confrontations d'intérêts. Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1969 que les engagements valablement pris par une société à responsabilité limitée envers ses gérants demeurent valables et ne sont pas frappés de caducité, — ne nécessitant ainsi aucune réitération, lorsque la société se transforme en société anonyme en conservant sa personnalité juridique (2).

Malgré les dispositions de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, ces gérants, devenus administrateurs de la société, ont pu voir confirmer la validité des engagements de la société à leur égard, — tant devant la Cour suprême, que devant les juges d'appel (3).

L'idée de représentation n'apparaissait pas en l'espèce indispensable à la justification de la solution, la technique du contrat retrouve sa place.

Les pouvoirs des organes, en dehors de ces cas marginaux, sont

(1) *Journ. spéc. soc. act.*, n° 7, 15 janv. 1966.

(2) Cass. Ch. com., 4 mars 1969, *J.C.P.*, 1969.II.15949, note Guyon ; D.S., 1969, p. 687, *Journ. soc.*, 1970, p. 7.

(3) Paris, 22 févr. 1967, *Journ. soc.*, 1969, p. 73.

donc directement issus de l'exercice de la fonction, et ils s'analysent davantage en des obligations qu'en des prérogatives : s'agissant d'obligations, la notion même de pouvoir s'assimile à celle de compétence, au sens juridictionnel du mot.

Ces conditions sont lourdes, et parfois exclusives : elles empêchent en principe le dirigeant de cumuler la double qualité d'administrateur et de salarié d'une même société.

CHAPITRE II

LE CUMUL D'UNE FONCTION SALARIÉE ET DE DIRECTION

65. C'est encore le recours à des procédés impératifs qui interdit le cumul d'un « mandat social » et d'un contrat de louage de services dans les sociétés anonymes (1).

Ce problème se rattache à celui de la révocabilité des administrateurs, étudié plus haut (2). La question du cumul ne s'est posée que pour éviter que les garanties de stabilité conférées par le droit du travail ne fassent échec à la révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux, alors que la révocabilité du mandataire n'était pas une règle d'ordre public.

Antérieurement à la réforme de 1966, ce cumul avait semblé possible en l'état de l'article 2 de la loi du 4 mars 1943, modifiant la loi du 16 novembre 1940, pour le président du conseil d'administration, et le directeur général adjoint de la société anonyme.

Pour ces derniers, l'assimilation de leur situation à des fonctions salariées issues d'un louage de services, tendait à leur garantir la stabilité : il suffisait que leur soit donnée l'assurance d'indemnités compensatrices au cas de rupture du contrat de travail. Le montant généreusement calculé de ces indemnités invitait la société à la réflexion, avant de mettre fin à l'activité de leurs bénéficiaires.

La jurisprudence accueillit ce cumul avec d'innombrables précautions, réservant le cas des administrateurs, pour admettre en principe la dualité de fonctions des directeurs généraux et adjoints. Elle ne la faisait cependant qu'en s'arrogeant un pouvoir de contrôle sur le but recherché par les parties en passant un tel contrat : absence d'échec à la loi de la révocabilité immédiate et sans dommages intérêts, — et caractère réel et sincère du contrat de travail. Ce dernier ne devait donc pas simplement « habiller » la stabilité assurée en fait au dirigeant social (3).

(1) Cf. not. B. PIEDELIÈVRE, *J.C.P.*, 1968.I.2205.

(2) Voir *supra*, p. 54 et s.

(3) Cf. ESCARRA et RAULT, *Les sociétés commerciales*, t. IV, n° 1, 534. Notes Bastian sous Paris, 25 juin 1947, *J.C.P.*, 1948.II.4110, et Paris, 17 mai 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9658, et Cass. com., 25 févr. 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10010. Voir égal. chroniques de MM. J. C. GROSLIÈRE, D., 1963, p. 135, et BARDOUL, D., 1964, p. 273.

Il est significatif à cet égard de citer les deux décisions récemment rendues, toutes les deux par la Cour de cassation, et rendues à propos de la compétence du conseil des prud'hommes, ou de la juridiction consulaire.

Un arrêt de la Chambre sociale du 18 novembre 1970 (1) décide qu'un ingénieur, entré au service d'une société en qualité d'ingénieur-gérant (?) à l'essai, puis confirmé dans ces fonctions totalement confondues, n'était qu'un « mandataire » de la société, et non un préposé de cette dernière : que le litige né de sa cessation de fonctions devait être porté devant le tribunal de commerce (2).

C'est le critère de l'étendue des pouvoirs qui a incité la Cour suprême à trancher dans le sens du mandat. Ce terme de « mandataire », qui ne peut manquer de susciter nos réserves, se retrouve également avec le second arrêt rendu (3).

En l'espèce, un président-directeur général ayant fait acquérir à un groupe financier quatre vingt dix pour cent des actions de la société qu'il présidait, s'était fait consentir en contre partie une nomination de président directeur général ainsi qu'un contrat de travail en qualité de directeur de l'exploitation technique, administrative et commerciale, — avec des appointements confortables, une durée de contrat de quinze ans, et une indemnité de licenciement égale à deux années de salaire au moins.

La Cour d'appel ayant conclu à la nullité du contrat de travail à raison des clauses exorbitantes qu'il renfermait, le pourvoi entendait démontrer que le contrat de travail consenti était « sérieux », et réel, et que la confusion des attributions entre la qualité d'organe et de salarié était inopérante.

La Cour suprême s'est placée exclusivement sur l'irrévocabilité de fait qui résultait de ce cumul, pour rejeter le pourvoi (4).

Le droit antérieur à 1966 n'utilisait déjà pas la liberté découlant du contrat, et appliquait des techniques impératives. C'est alors qu'intervient la loi du 24 juillet 1966 qui consacre les mêmes procédés

Cette analyse se situe tant au niveau des problèmes de fond que des questions de droit transitoire.

Section I. — La prohibition du cumul.

Section II. — La prohibition immédiate.

(1) D., 1971, 10^e cahier du 10 mars 1971, spéc. p. 43. Comp. Cass. soc., 23 avr. 1969, D., 1970, Somm. 13, et chronique B. R., D., 1970, p. 5 : condition de la compétence prud'homale : demande relative au contrat de travail.

(2) Encore qu'à notre avis, rien ne justifie la compétence du tribunal de commerce, s'agissant d'un gérant de société à responsabilité limitée.

(3) Cass. soc., 15 oct. 1970, D.S., 1971.J, p. 54.

(4) Voir encore Limoges, 19 mars 1971, J.C.P., 1972.17029, note J. J. Burst.

SECTION I

LA PROHIBITION DU CUMUL

Cette prohibition est tantôt absolue, tantôt relative, voire inexistante. Ce sont des raisons d'opportunité qui ont poussé le législateur à permettre ce cumul dans les sociétés anonymes de type nouveau pour en favoriser l'adoption.

En revanche, il a maintenu la sévérité antérieure à l'égard des sociétés anonymes de type classique. La politique d'encouragement pratiquée en matière de sociétés à directoire prouve bien que la stabilité demeure une préoccupation importante chez les administrateurs.

§ 1. — La prohibition absolue

66. L'article 93 de la loi nouvelle résoud, expressément et implicitement, deux aspects complémentaires de la même question :

a) D'une part, en effet, il prévoit l'accès possible aux fonctions d'administrateur d'un salarié de la société, bénéficiant d'un contrat de travail antérieur d'au moins deux années. C'est la seule hypothèse où le cumul soit permis, le salarié conservant alors le bénéfice de son contrat de travail.

Deux idées ont présidé à ces dispositions : tout d'abord, l'existence d'un contrat de travail préexistant permet d'écarter toute idée de fraude, de la part d'une personne désirant avoir la qualité « d'administrateur irrévocable ». Ensuite, il serait trop simple de tourner la législation du travail, en offrant en guise de promotion à un salarié une fonction d'administration, pour le révoquer ensuite en le privant des garanties dont il disposait originellement...

En tout état de cause, cette tolérance est appelée à n'avoir qu'une incidence restreinte : une optique limitative a présidé à l'adoption de ces règles. Le nombre des administrateurs « mixtes », bénéficiant également d'un contrat de travail, ne pourrait excéder le tiers du nombre des administrateurs composant le conseil (1).

Une disposition, suceptible en apparence d'élargir le champ d'application de l'article 93 prévoit qu'en cas de fusion, le contrat de travail peut avoir été conclu avec l'une des sociétés fusionnées : en réalité le législateur peut se permettre de paraître libéral ;

(1) Cf. B. PIEDELIÈVRE, *Situation juridique et responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes*, Dunod, n° 131 et s. ; D. BASTIAN, « La réforme du droit des sociétés commerciales. Sociétés par actions », *J.C.P.*, 1968.I.2183, n° 435 et s. ; TROCHU, *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 687 et s.

l'hypothèse même de fusion permet d'écarter le spectre de la fraude — du moins en ce qui concerne le cumul.

b) D'autre part, le législateur, par son silence, interprété au regard des travaux préparatoires, indique qu'il n'entend pas admettre la démarche inverse, savoir l'octroi à un administrateur déjà en fonctions, d'un contrat de louage de services (1). La discrétion du texte de loi sur cette éventualité ne doit pas laisser la place au doute : avant que d'être soumis à l'Assemblée nationale et au Sénat, l'article 93 contenait un alinéa suivant, ainsi libellé : « le contrat de travail conclu entre un administrateur en fonctions et la société, est soumis à l'approbation de l'assemblée générale, après rapport du commissaire aux comptes ».

Cet alinéa fut purement et simplement supprimé (2). Or c'est justement cette seconde éventualité qui peut sembler *a priori* génératrice d'abus, et entraîner la mise en échec de la révocabilité *ad nutum*.

En tout état de cause, cette règle posée par l'article 93 de la loi nouvelle concerne également le président du conseil d'administration : apparaît donc exclue pour lui la possibilité de bénéficier d'un contrat de direction technique, par exemple.

Les règles civiles ou commerciales du mandat, qui ne prohibent nullement le cumul sur la même tête d'un contrat de mandat et de louage de services, apparaissent bien lointaines.

L'analyse du statut des administrateurs se révèle pleine d'enseignements : elle prouve ce que peut faire le législateur dans l'établissement d'un ensemble de règles professionnelles.

Le statut des membres du directoire en revanche éclaire un autre aspect de la politique législative, politique d'incitation.

§ 2. — Le maintien du cumul

67. Il résulte des termes de l'article 121 de la loi du 24 juillet 1966 d'une part que la révocation libre est tempérée par la possibilité de l'octroi de dommages-intérêts, faute de justes motifs, — et d'autre part (3) qu'« au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions de membre du directoire n'a pas pour effet de résilier le contrat ».

Il pourrait paraître imprudent, après avoir bâti une conception sur la prohibition du cumul, d'énoncer les règles, qui figurent dans la même loi, vingt huit articles plus loin et qui en prennent le contrepied.

(1) Cf. BASTIAN, *op. cit.*

(2) Cf. J.O., Déb., 9 juin 1965, p. 1855, séance de l'Assemblée nationale du 8 juin 1965, sur la disjonction de l'alinéa 2 de l'amendement n° 89, devenu l'article 93 de la loi.

(3) Art. 121, al. 2.

La société anonyme à directoire bénéficie d'un mouvement de faveur par rapport au droit commun. Cette faveur s'explique aisément, par des contingences immédiates, et des vues à plus long terme.

De manière immédiate, on peut expliquer cette différenciation entre les deux types de sociétés anonymes par un critère de dimension : compte tenu des pouvoirs de concentration de la société anonyme de type classique, le législateur français a souhaité que les entreprises de dimensions moindres optent pour la formule du directoire.

En outre, l'incitation comparatiste n'est pas étrangère à cette adoption de règles inspirées du droit allemand.

Mais surtout, l'élaboration d'un statut définitif des dirigeants sociaux passe par la voie nouvelle ouverte par le directoire : la stabilité est un élément capital du statut professionnel.

Ce qui a été fait à titre provisoire devrait pouvoir devenir la règle générale dans le futur, avec la consécration d'une profession structurée.

Le droit des sociétés quitte donc le domaine « secondaire » du contrat, pour pénétrer le domaine « primaire » du statut légal (1). Cette analyse se vérifie à l'examen des modalités d'application dans le temps de la loi du 24 juillet 1966.

SECTION II

LA PROHIBITION IMMÉDIATE DU CUMUL

68. L'étude du droit transitoire révèle que le « mandat » conféré aux administrateurs dépasse le stade contractuel pour s'insérer dans un ensemble institutionnel : le problème s'est posé à l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, de savoir si l'article 93 pourrait s'appliquer ou non aux situations juridiques légalement formées, et se poursuivant au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

En d'autres termes, à supposer la situation des dirigeants sociaux régie par une technique contractuelle, la théorie de la non-rétroactivité des lois, et leur non-application aux contrats en cours, auraient dû permettre de séparer des situations nouvellement formées, les situations antérieurement constituées. Sur ces dernières, la nouvelle loi, et particulièrement l'article 93, auraient dû demeurer inopérants.

Les dirigeants bénéficiant antérieurement à 1966 du cumul auraient des droits acquis à sa prolongation. Nonobstant le caractère d'ordre public de l'article 93 de la loi du 24 juillet 1966, cette

(1) ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e éd., p. 423 et s.

disposition ne pourrait faire échec à la continuation des contrats en vigueur (1).

Dès lors, si c'est réellement la technique du contrat de mandat qui préside à la situation des représentants de la société, il semble que les nominations d'administrateurs antérieures à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeureraient soumises à la licéité du cumul, si ce dernier figurait dans le pacte social.

Or, c'est sur ce point précis qu'il a fallu reconnaître la rupture entre les règles contractuelles, et la qualification du statut légal qui recouvre les rapports des représentants de la société et de cette dernière (2).

Mais « il ne faut pas oublier que le statut juridique des administrateurs est un statut légal, formé par l'ensemble des règles formulées par la loi relativement à leur nomination, à leurs pouvoirs, à la durée de leurs fonctions, à leurs responsabilités, et à la fin de leurs fonctions » (3).

La loi du 24 juillet 1966, ajoutant par son article 93 un élément au statut légal des administrateurs, doit donc prendre immédiatement effet, en ce qui concerne les administrateurs de toutes les sociétés, — et quels qu'aient été les termes des statuts. Cette conclusion repose sur l'analyse faite par Roubier (4) des rapports entre la loi organisant un statut légal et les contrats conclus dans le cadre impératif dessiné par ce statut légal.

« Cela tient à ce que le statut légal constitue la situation juridique primaire, tandis que le contrat constitue la situation juridique secondaire qui est construite sur la base de la première : les modifications introduites dans la première retiendront sur la seconde. Ainsi lorsque la loi modifie les institutions juridiques, lorsqu'elle établit un nouveau statut légal, les contrats qui étaient appuyés à un statut différent ne reposent plus sur rien » (5).

C'est le même mécanisme qui se retrouve avec les problèmes engendrés par la qualification de la rémunération des organes.

(1) Voir ROUBIER, *Le droit transitoire*, p. 360 et s.

(2) Voir, sur l'applicabilité de l'article 93 aux sociétés en formation : Rép. min. quest., n° 13534, *J.O.*, Ass. nat., 2 oct. 1970, p. 4092.

(3) PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1968.I.2205, n° 14.

(4) ROUBIER, *op. cit.*, § 84 et s., p. 423. — Par ailleurs, la jurisprudence antérieure à la loi de 1966, et sur laquelle s'appuie la thèse pertinente de M. le Doyen Roubier, est bien embarrassée pour trancher le problème de façon nette. Cf. à ce sujet, de façon plus récente, la solution de compromis adoptée par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1962, D., 1963.230 (suspension du contrat de louage de services durant la période de prise de fonctions sociales). Cf. égal. M. BARDOUL, D., 1964, Chron. p. 273. — Voir cep. Rép. min. quest., n° 9364, *J.O.*, Ass. nat., 14 févr. 1970, p. 369 et *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 140, n° 5.

(5) ROUBIER, *loc. cit.*

CHAPITRE III

LA NATURE JURIDIQUE DE LA RÉMUNÉRATION DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

69. La loi du 24 juillet 1867, ainsi d'ailleurs que les lois de 1940 et 1943, étaient demeurées silencieuses sur le principe même d'une rémunération particulière à l'organe exerçant les fonctions de direction générale.

L'article onze de la loi du 4 mars 1943 prévoyait l'attribution de tantièmes et de jetons de présence, destinés à récompenser l'assiduité des administrateurs : or le président-directeur général étant nécessairement un administrateur, il lui était alloué la même rétribution que ses pairs.

La rémunération ordinaire des administrateurs, savoir les jetons de présence et les tantièmes est considérée par la jurisprudence comme « de caractère institutionnel » (1). C'est dire que déjà le problème de la nature de cette rémunération est tranché, dans le sens de la soustraction aux règles du contrat.

Cependant doctrine et jurisprudence considéraient qu'une telle indemnisation ne correspondait pas à l'activité et aux responsabilités assumées par celui qui exerçait la direction générale dans la société (2).

Il était donc possible, pour rémunérer les fonctions de direction, que les statuts prévoient un complément de rétribution (3).

Quel que soit le mode retenu par la pratique, rémunération fixe ou proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices (4), et ses

(1) Voir Cass. civ., 17 oct. 1967, *J.C.P.*, 1968.II.15412, note N. Bernard.

(2) Voir BURGARD, *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, L.G.D.J., 1965, p. 133, n° 210, et note D., 1964.J.783, sous Grenoble, 6 mai 1964.

(3) *Juris-Classeur des sociétés*, Fasc. 133-A, n°s 40 et s. et les nombreuses références citées.

(4) Certes peu de problème se posent lorsque les appointements sont fixes, — en revanche, la règle d'un pourcentage a soulevé plus de difficultés. Si l'octroi d'un pourcentage sur les bénéfices nets, payables annuellement lors de l'approbation des comptes de l'exercice social n'a pas inquiété les praticiens, en revan-

procédés de détermination, l'unanimité se manifestait autour de ce complément de rétribution. En revanche cette unanimité s'effritait dès que l'on se penchait sur sa nature juridique : conventionnelle, ou institutionnelle ?

SECTION I

LE REJET DU CARACTÈRE CONTRACTUEL

70. Ce débat n'avait pas, à l'origine une simple portée théorique. Admettre que la fixation de cette rémunération complémentaire ressortissait au domaine conventionnel conduisait nécessairement à admettre sa soumission aux exigences de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1967, relatif à toute convention conclue entre la société et l'un de ses administrateurs : autorisation préalable par le conseil d'administration, — présentation par les commissaires aux comptes de cette convention au sein du rapport spécial destiné à l'assemblée, — ratification, enfin, par l'assemblée générale ordinaire.

Très rapidement, la jurisprudence se divisa, les premières décisions optant pour la soustraction de tels accords du domaine de l'application de l'article 40 (1). Puis la tendance « conventionnelle » reprit un net avantage, en affirmant que cette rémunération avait dans son principe « un caractère contractuel, et non institutionnel » (2).

La Cour de cassation fut critiquée, au motif qu'elle méconnaissait le caractère institutionnel du statut d'ensemble du président du conseil d'administration (3). Elle fut par ailleurs approuvée par une fraction de la doctrine, tentant de justifier cette solution, malgré l'aspect institutionnel dénoncé, en déclarant que « l'institutionnel non obligatoire devient conventionnel » (4).

che, l'attribution d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires suscita des méfiances. En effet, le chiffre d'affaires devant être déclaré à l'administration fiscale tous les mois, la pratique avait prévu que dès lors, le pourcentage sur le chiffre d'affaires hors taxes, pouvait être également payable chaque mois (voir à ce sujet *Dictionnaire des sociétés anonymes Joly*, V° *Administrateur*, section rémunération). Un arrêt déjà ancien (Paris, 9^e Ch., 9 janv. 1952, *J.C.P.*, 1952.II.6970, note Bastian) avait marqué une sérieuse réticence sur l'adoption d'un tel système. La jurisprudence récente a cependant admis librement qu'un tel mode de calcul « est d'usage dans beaucoup de commerces ou d'industries ». Grenoble, 6 mai 1964, précité.

(1) Trib. com. Seine, 13 mai 1958, *Bull. soc.*, 1958, p. 148. Voir également la réponse de M. le Garde des Sceaux, se déclarant hostile à l'application de l'article 40 (*J.O.*, Ass. nat., 9 juin 1965, p. 1862).

(2) Trib. civ. Béthune, 14 déc. 1955, D., 1956.J.55, note Goré ; Trib. Seine, 11 avr. 1959, *Bull. soc.*, 1960, p. 391 ; Paris, 24 oct. 1960, D., 1961.J.97, note Dalsace ; Montpellier, 28 nov. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13596, note N. Bernard. Voir avec cependant plus de nuances, Cass. com., 11 déc. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13873, note Alfandari.

(3) Voir not. M. BURGARD, *op. cit.*, p. 136, n° 215.

(4) Nicole BERNARD, note *J.C.P.*, 1968.II.15412, précitée.

La Cour suprême, dans un arrêt récent adopte une solution de transaction, favorable cependant à la thèse contractuelle. Elle décide que « si elle impose à toute société anonyme l'existence d'un président directeur général, la loi reste muette sur la rémunération de ce dernier, laissant ainsi libre cours aux conventions, « ... que sans doute les jetons de présence et les tantièmes alloués aux membres du conseil d'administration dans le cadre de l'article onze de la loi du 4 mars 1943 présentent un caractère institutionnel, mais qu'il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit comme en l'espèce, d'une rémunération complémentaire, destinée à récompenser l'activité du président... » (1).

Cet arrêt, rendu sous l'empire des dispositions de la loi du 24 juillet 1867, a semblé pouvoir, pour ceux qui l'approuvaient, « être transposé dans le cadre de la loi de 1966 » (2).

La Cour suprême a tout récemment (3) repris le même thème, mais en l'assortissant de moins de précisions.

Tant la loi nouvelle, que les travaux préparatoires commandent cependant de penser que la consécration définitive du caractère institutionnel est effective, au regard d'une profession à construire.

SECTION II

LA CONSÉCRATION DU CARACTÈRE INSTITUTIONNEL

71. La jurisprudence dégagée précédemment ne devrait pas avoir de portée dans l'avenir, et ce pour des raisons qui tiennent à sa motivation même, — et à l'intervention législative de 1966.

Quant à la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1967 précité, il est évident que ce dernier ne tire pas toutes les conséquences de son raisonnement.

Les administrateurs bénéficient d'une rémunération de caractère institutionnel. Or la loi prévoit l'existence d'un administrateur, chargé de la direction générale de la société. Comment alors admettre que le raisonnement institutionnel s'arrête en chemin ? Si un tel organe est prévu, c'est bien que sa tâche est différente, et plus lourde que celle des administrateurs « simples ».

Or admettre que les administrateurs — dont fait partie le directeur général — soient rémunérés de manière institutionnelle parce qu'ils existent, conduit à admettre que le directeur général, chargé de plus d'obligations et de pouvoirs que les autres adminis-

(1) Cass. com., 17 oct. 1967, *J.C.P.*, 1963.II.15412, note N. Bernard, précitée (1^{re} et 2^e esp.).

(2) N. BERNARD, note précitée.

(3) Cass. civ. Ch. com., 1^{er} juin 1970, *Bulletin d'information des sociétés*, déc. 1970, n° 254, p. 711.

trateurs doit être rémunéré parce qu'il existe. La rémunération est alors nécessaire, attachée à la fonction, et doit être institutionnalisée.

Mais surtout, la loi nouvelle semble avoir réglé le problème de façon définitive. La pratique l'a fort bien senti qui avait écarté l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, « quoiqu'impressionnée par la jurisprudence intervenue » (1).

Il faut, avant d'aborder l'étude même de la loi nouvelle, revenir sur l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1967 : il a retiré à l'ancienne jurisprudence ses effets percutants, en décidant qu'une telle « convention », si elle n'était pas soumise à la procédure de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, n'était pas nulle de plein droit, mais que la recherche préalable d'une fraude pouvait seule fonder la nullité, en application même des dispositions de l'article 40 (2).

Enfin, les articles 110 et 115 de la loi du 24 juillet 1966, et l'article 94 du décret du 23 mars 1967 (3), font dire à une importante partie de la doctrine « qu'un irritant problème ne se posera plus » (4).

Le souci de protection de la société, qui avait guidé la jurisprudence avait entraîné la coexistence des règles institutionnelles et des règles contractuelles. Or les premières ont vocation à la primauté, les secondes demeurant résiduelles.

La doctrine considère, à propos de l'article 110 de la loi nouvelle que « cette petite phrase (« il détermine sa rémunération... ») de quatre mots est une de celle qui a fait le plus discuter nos législateurs... et affirme nettement que cette rémunération, « prévue par la loi, devient ainsi institutionnelle » (5), « faisant désormais partie du statut légal du président du conseil d'administration » (6).

Il est exact que les travaux préparatoires confirment cette impression (7). Comment expliquer encore le recours au mandat pour apprécier la diligence des dirigeants sociaux ?

(1) BURGARD, *loc. cit.*, p. 137, n° 216. Voir la référence au formulaire pratique cité.

(2) Le Tribunal civil de Béthune, par son jugement précité (voir *supra*, p. 118, note 2) du 14 décembre 1955, avait pour la première fois frappé de nullité la « convention » intervenue, pour violation de l'article 40, « faisant éclater une bombe » (M. le Professeur LAGARDE, *Cours de droit commercial*, Lic. III, 1963-64, p. 516) cité par M. BURGARD, *op. cit.* La Cour suprême, dans ses deux arrêts du 17 octobre 1967, observe que l'article 40, alinéa 4 décide que les conventions désapprouvées « n'en produisent pas moins leurs effets ».

(3) Concernant l'administrateur temporairement délégué dans les fonctions de président, MM. HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *La réforme des sociétés commerciales*, Dalloz, 1967, p. 86, estiment qu'à raison de la qualité de la personne remplacée, on doit écarter les exigences d'approbation — mais qu'en revanche, le caractère temporaire et exceptionnel des fonctions justifie cette procédure.

(4) BURGARD, *op. cit.*, p. 138 ; *Juris-Classeur des sociétés*, 2° P., form. com., Fasc. 2, mise à jour, nov. 1966, n° 8, *J.O.*, Sénat, 22 avr. 1966, p. 222 ; *Dictionnaire Joly*, V° C. d'administration, n° 63-2°.

(5) P. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, Dunod, 1967, p. 9, n° 17.

(6) *Loc. cit.*, p. 10, n° 19.

(7) « Ce déballage sur la place publique, dans une discussion où seront développés des arguments démagogiques, faciles à imaginer... » devait, pour le rapporteur de la loi, M. Dailly, être radicalement pros crit : le moyen adéquat d'y

parvenir étant de distraire ce problème de la compétence de l'assemblée (Rapport au Sénat, t. 2, p. 134 et s., n° 8).

De plus, un amendement, voté par l'Assemblée nationale en vue de soumettre la décision du conseil d'administration à l'approbation de l'assemblée générale a été finalement rejeté.

Voir Déb. Ass. nat., 1^{re} séance, 8 juin 1965, p. 1862. Comp. Déb. Sénat, séance, 12 avr. 1966, p. 222.

CHAPITRE IV

L'INSUFFISANTE APPRÉCIATION DE LA DILIGENCE DU MANDATAIRE

72. Pour terminer cette première partie, il semblait indispensable de pénétrer dans le domaine de la « pré-responsabilité », c'est-à-dire l'action — ou l'inaction.

Car, quittant les problèmes de nomination, de révocation, de pouvoirs, il faut avant d'aborder la responsabilité, voir où elle prend sa source.

La responsabilité sanctionnant en général un comportement, il est nécessaire de savoir en quoi consistaient les normes de ce comportement.

Le mandataire salarié est tenu, aux termes de la jurisprudence, d'une diligence appréciée abstraitement : le dirigeant social aussi. Cependant, ce sont les critères de référence qui divergent : le bon père de famille, étalon de la diligence du mandataire salarié, n'est malheureusement pas un professionnel, — or c'est de professionnels dont il va s'agir.

Il faut successivement examiner :

- l'adoption jurisprudentielle de la technique contractuelle ;
- les insuffisances des critères de référence.

SECTION I

L'ADOPTION JURISPRUDENTIELLE DES RÈGLES CONTRACTUELLES

73. Les effets du contrat de mandat obligent le mandataire à exécuter son mandat.

La délégation de signature (1) se différencie du mandat en ce qu'elle suppose et exige de la part du bénéficiaire de la délégation

(1) MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, p. 1128. Il faut rapprocher, d'autre part, le bénéficiaire de la délégation de signature du « porte-parole » (Boulanger).

une absence d'initiative totale, celui-ci se bornant à signer sans discuter l'acte pour lequel il a été désigné.

Le mandat, en revanche, oblige le mandataire à « débattre les conditions au mieux des intérêts du mandant, par conséquent, d'essayer de contracter, mais de ne pas le faire, s'il n'obtient pas des conditions favorables » (1).

En matière civile, ou commerciale, le mandataire est tenu d'une obligation qui est déterminée par référence au *distinguo* posé par l'article 1992 du Code civil, alinéa 2, opposant le mandat salarié au mandat gratuit. La doctrine s'accorde d'ailleurs à admettre que ce texte serait pour le moins imprécis, « s'il ne rappelait à l'évidence la formule beaucoup plus claire des articles 1927 et 1928 du Code civil, visant le dépôt » (2).

En conclusion, comme en matière de dépôt salarié, le mandataire salarié est tenu à la diligence du bon père de famille, — c'est-à-dire d'une *culpa levis in abstracto*. En revanche, le mandataire gratuit ne sera tenu de faire preuve que de la diligence qu'il aurait manifestée pour ses propres affaires (*culpa levis in concreto*).

Peut-on considérer, dans une acception économique que le bon père de famille soit le modèle parfait que nécessite la gestion d'une entreprise ? (3). Peut-on considérer qu'une telle diligence s'avère satisfaisante et garantisse les intérêts sociaux ? En d'autres termes, à supposer même que soit adopté le système le plus sévère, fondé sur une appréciation abstraite, les impératifs économiques y trouveront-ils leur compte ?

La jurisprudence a consacré l'appréciation *in abstracto* et n'a pas permis aux parties de déterminer librement le degré de diligence du « mandataire » dans le droit des sociétés.

§ 1. — L'appréciation « *in abstracto* » de la faute du mandataire salarié

74. Une étude précieuse a été réalisée dans ce domaine par M. Dejean de la Batie (4). M. H. Mazeaud en tire la synthèse lorsqu'il déclare que pour la jurisprudence, l'appréciation se fait *in abstracto* lorsqu'il s'agit de mettre une obligation à la charge de quelqu'un, — en revanche, on apprécie *in concreto* lorsque l'attitude à examiner est celle d'une personne que la loi veut protéger.

Cette appréciation est justifiée par un souci de sévérité, et elle s'applique aussi bien au domaine contractuel qu'au domaine délic-
tuel.

(1) MAZEAUD, *loc. cit.*

(2) MAZEAUD, *loc. cit.*

(3) Voir PIROVANO, *Cours de droit commercial*, 1968-69, t. X, p. 429 et les références citées.

(4) *Appréciation in concreto et appréciation in abstracto en droit civil français*, L.G.D.J., 1965, préface M. H. Mazeaud.

A. — LA JUSTIFICATION DE L'APPRÉCIATION « IN ABSTRACTO ».

75. La majorité des auteurs soutient la thèse de l'appréciation *in abstracto*, considérée comme la plus rigoureuse envers l'agent. Les auteurs souhaitent donc que les règles de prudence et de diligence indispensables soient comparées avec l'attitude de l'homme « honnête et diligent » (1), ou « doué d'une prudence ordinaire » (2) : en tout état de cause, les nombreuses formules utilisées par la doctrine et la jurisprudence (3), permettent de conclure à l'*exclusion de toute appréciation psychologique au profit d'un type humain abstrait et rigoureux*.

Doctrine et jurisprudence choisissent pour le mandataire salarié la solution tendant à la sécurité des tiers, plutôt que celle dont le but est la protection du faible.

L'exigence de la prudence et de la diligence qui pèse sur l'agent exclut toute possibilité d'exonération si ce dernier est dépourvu d'intelligence, ou de formation technique ou intellectuelle suffisante. Les tribunaux, en considération de l'activité sociale ou économique de l'agent, ne justifient pas le comportement de ce dernier s'il a agi sous l'empire d'une « faiblesse de caractère » (4), d'un « manque d'expérience » (5) ou d'un « défaut d'instruction » (6).

La Cour de cassation, si elle a déclaré « excusable » (7) le liquidateur d'une société d'avoir interprété dans un certain sens une clause obscure et douteuse du contrat de société — alors et surtout que lors de son interprétation, elle n'était contestée par personne —, l'a fait en rappelant néanmoins que la responsabilité de ce liquidateur devait être considérée selon les soins que devait apporter un bon père de famille, — avec plus de sévérité toutefois si le mandant était salarié.

Il en résulte que de façon constante, la jurisprudence adopte un critère extrinsèque à l'agent, et issu de l'environnement, ou du milieu, voire de l'erreur commune. Elle n'invoque cependant pas pour une éventuelle exonération une qualité propre à l'agent.

Partant de cette observation, il faut remarquer (8) que les devoirs généraux de prudence et de diligence, qui s'imposent en toutes circonstances ont un contenu qui se détermine *in abstracto*, indépendamment des déficiences que peuvent présenter certains sujets en matière psychologique

(1) RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, n°s 937 et s.

(2) Civ., 16 juill. 1953, *J.C.P.*, 1953.II.7792, obs. Rodière, et Cass. civ., 8 fév. 1961, *Bull. civ.*, 1961.II.732, p. 514.

(3) « Personne normalement douée », « dotée d'intelligence et de prudence normales, etc... ».

(4) Paris, 14 déc. 1962, *J.C.P.*, 1963.II.13041, note R. B.

(5) Cass. civ., 2^e Sect., 8 juin 1961, *Bull. civ.*, 1961, n° 432, p. 309.

(6) Trib. civ. Saumur, 19 déc. 1959, *J.C.P.*, 1960.II.11537.

(7) D., 1891.1, p. 380.

(8) M. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, p. 29.

Le critère tiré du comportement idéal du bon père de famille reçoit application aussi bien en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle.

B. — L'APPRÉCIATION « IN ABSTRACTO » DANS LES OBLIGATIONS EXTRACTIONNELLES.

76. L'étude des situations juridiques soumises à l'appréciation *in abstracto* présente une utilité certaine : on la retrouve en effet dans des situations fort voisines de celles du dirigeant de sociétés. Ces obligations de prudence et de diligence apparaissent hors du droit des contrats, et s'imposent à des sujets qui ont « à des titres variés, la garde, la jouissance, ou l'administration des biens d'autrui » (1). On ne peut qu'y voir matière à encouragement, car cette analyse confirme que les dirigeants sociaux sont soumis à des obligations de type légal.

En effet, se réalise un rapprochement très net entre la position des dirigeants sociaux, et de certains sujets de droit tenus à la diligence du bon père de famille : le gérant d'affaires (2) le tuteur (3), l'usager ou le bénéficiaire d'un droit d'habitation (4) l'usufruitier (5), le séquestre judiciaire (6)...

Dans tous les cas, on retrouve une fonction plus ou moins nette de gestion des biens d'autrui, assortie d'une fonction plus ou moins nette de représentation. Par dessus tout, le droit positif établit un régime de responsabilité unique.

Le juriste peut donc arriver indifféremment au même résultat, qu'il examine les obligations de type contractuel incombant pour la jurisprudence aux dirigeants sociaux, ou les obligations légales définies plus haut ; il peut en déduire qu'en donnant à la représentation de la société par ses organes, une source légale, et non contractuelle, le régime juridique n'en subira pas de trop notables changements.

Le schéma actuellement dessiné par les tribunaux en matière de responsabilité des dirigeants sociaux pourrait être également obtenu par le biais de la consécration d'une obligation légale, assortie de la diligence nécessaire du bon père de famille.

Il est bien certain qu'une telle consécration ne serait pas souhaitable : elle constituerait un progrès minime.

Cependant, il suffit pour l'instant de démontrer que le droit positif ne s'appuie sur rien de péremptoire. Ces considérations ont amené

(1) DEJEAN DE LA BATIE, *loc. cit.*

(2) Art. 1374, al. 1^{er}, C. civ.

(3) Art. 450, al. 2, C. civ.

(4) Art. 627, C. civ.

(5) Art. 601, C. civ.

(6) Art. 1692, al. 1^{er}, C. civ.

certain auteurs (1) à admettre que les « mandataires sociaux » avaient un caractère légal, plus que conventionnel, étant les « organes de la société » (2). La conception conventionnelle du mandat apparaît étroite, et de surcroît inutile : on ne peut affirmer qu'elle permette d'aboutir à des résultats particulièrement intéressants pour la protection des créanciers, ou de la société.

Cette affirmation se vérifie avec la contradiction que révèle le droit positif : en matière de sociétés, après avoir consacré la notion de mandat, la jurisprudence s'attache à la vider de toute substance de consensualisme.

§ 2. — L'attitude contradictoire de la jurisprudence quant aux obligations du mandataire social

77. Il a été dit que le critère du bon père de famille paraissait insuffisant et inadapté, pour caractériser le dirigeant social idéal. Néanmoins, subsiste une réalité jurisprudentielle : celle-ci, dans ses arrêts les plus récents (3) persiste à considérer le gérant, ou le président-directeur général comme un « mandataire ».

Dès lors, suivre la thèse du mandat, conduit sur le terrain des obligations contractuelles, — c'est-à-dire à la liberté dans la détermination des prestations réciproques. Si le mandat explique les relations entre la société et ses représentants, alors, par hypothèse, les parties devraient être libres de fixer le contenu de leurs obligations et surtout, le degré de diligence respectivement exigé.

La violation d'engagements de nature contractuelle suppose au préalable la réunion de deux ou plusieurs volontés, auxquelles appartient le soin de déterminer l'existence même, et les modalités techniques ou psychologiques des obligations.

Est-il alors logique de permettre au juge de s'insérer dans ce contexte psychologique, et de modifier *a posteriori* le degré d'intensité des volontés, ou le mode d'exécution de prestations convenues ? Ce serait lui conférer pouvoir de modifier l'intention des parties, par une appréciation objective.

Or le droit positif consacre ce pouvoir. Il est d'ailleurs nécessaire. Mais la contradiction réside dans l'appel initial à des qualifications contractuelles, pour vider de toute plasticité le contenu des obligations imposées.

Quel inconvénient y avait-il à faire peser sur les dirigeants sociaux une obligation légale de diligence, et qu'apporte de plus la qualification d'obligation contractuelle ?

(1) A. PIROVANO, *Cours de droit commercial*, année 1968-69, p. 374.

(2) J. FLOUR, *Cours de droit civil*, 2^e année de licence, p. 593.

(3) Cass. soc., 18 nov. 1970, D.S., 1971, Somm. p. 43 ; Cass. soc., 15 oct. 1970, D.S., 1971.J., p. 54 (précités, p. 111). Voir, de façon plus nette et contestable Cass. crim., 1^{er} févr. 1972, J.C.P., 1973.II.17304, note J. J. Burst (mandat social, de nature commerciale, pouvant être prouvé par tous moyens).

78. Un autre raisonnement permet de parvenir aux mêmes conclusions : la jurisprudence adopte, pour ce qu'elle qualifie de mandat, une appréciation *in abstracto*, — alors qu'elle pratique, dans de nombreux contrats une appréciation *in concreto*. Depuis longtemps, déjà, elle a admis la possibilité pour les parties au contrat de fixer à leur gré la consistance de l'obligation de diligence (1).

Un arrêt, ancien, certes, met en exergue le fait que, pour un mandant, connaître par avance les capacités — apparemment limitées — de son mandataire chargé d'une opération commerciale, le prive du droit de contester la qualité de l'exécution de cette opération (2).

Les tribunaux admettent généralement en conséquence que le degré de diligence requis peut être mesuré par l'accord de volontés des parties, — à moins que le contrat ne concerne une branche de la vie juridique où prévaut l'ordre public (3).

Le choix par une société, d'un administrateur à la compétence limitée n'est pas une simple hypothèse d'école : M. Paul Didier rappelle (4) que longtemps, et maintenant encore, l'opinion commune sur les administrateurs, n'était guère flatteuse. Citons notamment avec lui : « le conseil d'administration, l'une des manières les plus distinguées de perdre son temps » (5), ou encore, plus récemment, « le conseil d'administration, ce chœur des vieillards dans la tragédie antique » (6).

Pourtant, les relations familiales, voire dynastiques, — ou encore la prise du contrôle des sociétés par des groupes majoritaires permettent à de tels administrateurs d'être nommés (7).

Par cette notion de contrôle, qu'il soit d'origine dynastique ou financière, la société, personne morale distincte de ses membres, peut fort bien choisir pour mandataire une personne dont la compétence toute relative et la docilité lui soit connues à l'avance. A supposer que le contrat de mandat liant la société à son dirigeant soit totalement assimilable à ceux au sein desquels la volonté des parties s'exprime librement, on pourrait alors admettre que le contenu de l'obligation du « mandataire » ayant été déterminé en connaissance de cause par son « mandant », le juge devra prendre en considération, choix et volonté des parties, pour les faire respecter.

Une telle conception est inapplicable au droit des sociétés. Elle n'est en tous cas pas appliquée : le droit positif révèle que la règle est ici l'appréciation *in abstracto*.

Cette technique, utilisée en matière contractuelle et extra-contractuelle,

(1) DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, p. 62.

(2) Alger, 12 déc. 1862, sous Req., 19 juill. 1864, D.P., 1864.1.481.

(3) RODIÈRE, *La responsabilité civile*, n° 1400, Liège, 30 juill. 1890, sous Alger, 17 mars 1894, S., 1895.2.237.

(4) *Les sociétés commerciales*, « Que sais-je » ? p. 30.

(5) A. DETÈUF, *Les propos de O. L. Barenton, confiseur*.

(6) F. BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, p. 70 et s.

(7) Sur la notion de « contrôle » : v. Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, p. 50.

tuelle, constitue pour les tribunaux le principe de base, — l'exception étant constituée par l'appréciation *in concreto*. Mais le fait qu'elle ne joue qu'un rôle effacé n'interdit pas aux parties de s'y référer. Si réellement les rapports entre la société et ses dirigeants étaient de nature contractuelle, il n'y aurait aucune difficulté à imposer au juge un mode d'appréciation de la diligence *in concreto*. Ce n'est pas le cas, et ne l'a jamais été.

Il faut donc reconnaître que ce mode d'interprétation *in abstracto* constitue le droit commun pour les dirigeants sociaux, parce qu'il est considéré comme plus rigoureux. Encore faut-il pour que cette rigueur ait un sens, que les critères de référence présentent une adéquation aux situations soumises au juge : ce ne semble pas être le cas du « bon père de famille », qui néglige par trop l'aspect professionnel.

SECTION II

LES INSUFFISANCES DES CRITÈRES DE RÉFÉRENCE

79. Ces insuffisances sont de deux sortes : qualitatives et quantitatives. En ce qui concerne d'abord le critère du bon père de famille, son seul énoncé suffit à en montrer qualitativement l'inadaptation.

En ce qui concerne ensuite, le critère de profession, c'est de façon quantitative que son insuffisance s'exprime : non que la notion de profession soit inadéquate, mais elle est trop peu employée, et dans un sens marginal, par la jurisprudence.

Trop utilisé, et désuet dans un cas, négligé et mal employé dans l'autre, les critères consacrés par la jurisprudence font souhaiter un changement radical d'instruments de mesure.

§ 1. — L'insuffisance qualitative : le bon père de famille

80. Cette notion, directement issue du concept romain du *bonus pater familias*, ou *diligens pater familias*, ne subira avant son intégration dans le Code civil aucune modification, — les rédacteurs du Code civil et la législation postérieure ayant simplement étendu le champ d'application du critère.

Selon la conception classique dominante, le domaine des sociétés ressortit directement à l'application contractuelle du mandat : c'est donc dans ce domaine d'élection qu'il convient de serrer la réalité économique, afin de voir si elle coïncide avec les constructions juridiques adoptées.

La clé de voûte de ces édifices étant le « bon père de famille », le débiteur de l'obligation doit être « le type normal du débiteur

diligent» (1), déployant les soins et la vigilance (2) de l'homme normalement prudent (3). Ces définitions ne sauraient toutefois satisfaire, alors et surtout que l'appréciation *in concreto* se trouve bannie : il est difficile d'échapper à des justifications d'ordre psychologique. On ne peut se borner à accepter de telles définitions, sans penser aussitôt que l'exonération du débiteur se profile, avec la possibilité pour lui de n'avoir pas à justifier du degré d'énergie avec lequel il aura accompli la tâche qu'il devait assumer : l'accomplissement de la mission n'a plus de sens s'il suffit de justifier de velléités dépourvues d'effectivité.

Certes, le débiteur aura agi, matériellement, comme il devait le faire. Mais alors, comment lui tenir rigueur de sa maladresse ? — Citant M. Tunc (4), et reprenant à bon compte la formule de cet auteur, le débiteur pourra s'exonérer en alléguant que « sa capacité est sa boussole ».

Cette périlleuse affirmation démontre assez que doctrine et jurisprudence ne vont guère s'arrêter sur le sort du bon père de famille, dépourvu de toute qualité intellectuelle, mais abondamment pourvu de bonne volonté.

Il est assez regrettable qu'ait été négligée cette exigence de technicité, sinon de compétence professionnelle, dans l'élaboration d'un système cohérent de responsabilité.

Nous sommes encore bien loin du « permis de diriger les entreprises », que préconisait M. Bloch-Lainé (5), et il faut prosaïquement revenir au droit positif.

81. Si pour l'ensemble des contrats prévus par le Code civil, dans un univers où la technique n'était pas un impératif, le critère du bon père de famille était raisonnable, il est permis de douter que les critères de capacité ou d'aptitude modernes aient avec lui le moindre élément de comparaison (6).

Quoi qu'il en soit, en admettant que la jurisprudence impose à l'univers contractuel un critère réellement abstrait du bon père de famille (7), elle fera irradier la notion, partant du terme général, vers les problèmes particuliers. C'est ainsi que le louage de services (8) a vu récemment la Cour de cassation assimiler un représen-

(1) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil* (Colin et Capitant), t. II, n° 832.

(2) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, p. 420, n° 4.

(3) PLANIOL, RIPERT et RADOUANT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2° éd., n° 834.

(4) M. TUNC, observations sous Orléans, 30 juill. 1942, D.C., 1943, p. 17 et s.

(5) *Pour une réforme de l'entreprise*, précité.

(6) Il suffit de se pencher sur la responsabilité professionnelle en général, et notamment des professions hiérarchisées et structurées : médecins, architectes, notaires, etc... pour voir l'adaptation réalisée en ce domaine.

(7) Cass. civ., 11 janv. 1922, D.P., 1922.1.16. Cf. également note Demogue, S., 1942.1.105.

(8) Civ., Sect. soc., 10 avr. 1962, D., 1962.565, note Lindon.

tant de commerce à un bon père de famille. Ce fut auparavant le tour du dépôt salarié (1), du louage d'ouvrage (2), et encore du mandat (3).

Or fort justement, il faut observer que certains « tribunaux inférieurs abusent même un peu de l'expression, en l'employant dans des cas où l'exécution correcte de l'obligation suppose une *compétence technique particulière*, que n'implique pas en soi la notion de bon père de famille » (exemples : maréchal ferrant, professeur d'équitation, etc...) « les décisions récentes, il est vrai, emploient des termes plus modernes, et surtout mieux adaptés à l'activité dont il s'agit en la cause » (4).

L'état du droit positif ne peut susciter que regrets chez le chercheur avide d'une solution objective et cohérente en matière de sociétés, car justement, ce droit des sociétés, même réformé par la législation de 1966, ne s'est pas affranchi de la notion de mandat, salarié ou non, qui est elle-même étroitement dépendante de celle de bon père de famille.

Certes, sans aller jusqu'à comparer la gestion des entreprises à l'acte médical, où la vie humaine, ou tout au moins l'intégrité corporelle est en jeu, ne peut-on dire que les règles sociales présentent un caractère « sinon objectif, voire impersonnel » (5). Néanmoins, si dans de nombreux cas, les tribunaux recherchent l'attitude qu'aurait eue un professionnel de l'activité considérée (6), on ne trouve en droit des sociétés que la soumission à des contingences accessoires à la compétence ou la technicité. La notion d'aptitude professionnelle est trop méconnue.

§ 1. — L'insuffisance quantitative : le caractère accessoire de la notion de profession

82. Dans le domaine des professions en général, la jurisprudence tend parfois à exiger une capacité supérieure à une moyenne indigne de professionnels compétents. L'incidence de la profession sur la qualité des obligations apparaît donc directe : d'ailleurs, l'appel à la notion de prestation conforme à ce que l'on peut attendre d'un professionnel se manifeste aux deux stades de l'obligation.

D'une part, quant à la formation du contrat, et à la création même

(1) Trib. civ. Metz, 28 mars 1956, D., 1956.J, p. 555. Cf. note Tunc, sous Orléans, 30 juill. 1942, précité.

(2) *Gaz. Pal.*, 1945.1.181.

(3) Req., 10 févr. 1903, S., 1903.1.217.

(4) DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, p. 67.

(5) DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, p. 68.

(6) Cf. Lyon, 29 oct. 1951, *Gaz. Pal.*, 1951.2.430 : infirmier ; Paris, 4 juill. 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.2.76, première espèce : capitaine de navire ; Cass. civ., 6 mai 1946, *Gaz. Pal.*, 1946.1.254 : restaurateur ; Civ., 27 mai 1957, *Bull. civ. I*, n° 240, p. 196 : colonie de vacances.

de l'obligation, elle a présidé à la fixation de ce qu'entendait obtenir le créancier, et ce que devait fournir le débiteur. D'autre part, quant à l'exécution ou l'inexécution de l'obligation, elle permet, par simple confrontation, de révéler la faute du débiteur.

Des tribunaux essaient donc de s'y référer pour les contrats les plus divers, et une notion aux multiples facettes du « bon professionnel » se développe parallèlement à celle de bon père de famille.

Est-ce à dire que cette extension d'une capacité professionnelle ait imprimé au droit positif un mouvement tendu vers un concept de responsabilité professionnelle ? Est-ce encore à dire que soit édictée une appréciation réellement objective de la compétence ou de la diligence ? On ne peut l'affirmer lorsqu'il apparaît que le facteur mis en évidence au premier chef par les tribunaux quand ils apprécient cette technicité professionnelle, est justement l'aspect individuel de cette technicité, — son aspect de circonstance aggravante en quelque sorte, sur une responsabilité appréciée *in abstracto*.

En d'autres termes les tribunaux ont recours à la notion de profession, mais de manière subsidiaire, et indirecte. La compétence n'apparaît pas comme une norme objective, qu'entendent faire respecter les juridictions, mais comme un « facteur aggravant », tiré de la qualité même du débiteur de l'obligation.

Ceci peut apparaître regrettable, s'agissant de contrats qui peuvent exiger une compétence professionnelle certaine (1).

Il serait souhaitable que, partagé entre deux conceptions, le juge fasse prévaloir celle qui impose au professionnel le respect de ses obligations, sans avoir recours nécessairement à la notion de « bon père de famille ».

Il en découlerait une rigueur accrue, par un transfert de l'abstraction, celle-ci passant de la notion de bon père de famille à celle de professionnel, — de laquelle les impératifs de protection conduiraient à exiger davantage.

83. Or la jurisprudence n'arrive pas à considérer la qualification professionnelle autrement que comme une simple qualité « substantielle » de l'individu débiteur de l'obligation. Elle réserve à cette qualification un rôle accessoire sans l'incorporer à un statut global.

Par ce rôle accessoire, la notion de profession complique ou simplifie l'analyse du concept de bon père de famille : elle ne crée pas un état de droit objectif.

C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 avril 1926 (2) décida qu'un mandataire, chargé d'acquérir des bijoux, et qui les avait acquis à un prix trop élevé, ne pouvait pas se tromper sur la valeur de ces objets, « à raison de sa compétence ».

Toujours en matière de mandat, il faut signaler ici les arrêts

(1) Paris, 25 nov. 1955, *J.C.P.*, 1956.II.9240, note Rodière.

(2) Req., 28 avr. 1926, S., 1927.I.282.

rendus dans les affaires *Glorieux* (1). La responsabilité reste subjective, et confère à la compétence un caractère accessoire à la diligence normalement exigée du bon père de famille. Le débiteur de l'obligation « s'expose à des sanctions, mais ne subit pas de contrainte » (2).

En se refusant à faire de l'appartenance professionnelle un facteur objectif de responsabilité, les juges permettent au débiteur de s'engager à la légère et non de modeler ses obligations dès sa formation. La détermination du degré de compétence souhaité n'intervient que lorsqu'il est trop tard, et que l'irréparable est commis. La profession est un moyen d'analyse *a posteriori*, mais pas un critère positif.

C'est bien ainsi que la jurisprudence a réagi à propos de « l'obligation de diligence d'un mandataire salarié », cause d'exonération imposée par l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, en cas de faillite de la société et d'insuffisance d'actif. Dans les affaires *Glorieux* précitées, le Tribunal de commerce de Roubaix avait ainsi sanctionné la responsabilité de certains dirigeants sociaux (3).

Le tribunal remarque que les administrateurs, ayant « surestimé les capacités et la moralité du président directeur général » lui ont accordé une excessive confiance. Cette confiance était fautive à deux titres : le fait « d'une part que le président-directeur général était leur associé depuis de nombreuses années, et qu'ils devaient donc connaître parfaitement ses capacités... », — et d'autre part, le fait que « la majorité des administrateurs, exerçant la même profession, pouvait surveiller activement... et avaient des liens de parenté très étroits » avec le président.

Le tribunal en déduit que cette responsabilité doit être appréciée « beaucoup plus sévèrement que celle des administrateurs de nombreuses sociétés anonymes ».

Le Tribunal de commerce de Roubaix en conclut que « dès lors, (les administrateurs) n'ont pas accompli leur mandat en bons pères de famille, et qu'ils n'y ont pas apporté toutes les diligences d'un mandataire salarié ».

Que devient alors l'appréciation *in abstracto*, pourtant réputée plus sévère ? Il existe un paradoxe entre une appréciation fondée sur des circonstances subjectives qui la rendent plus sévère en fait, et une appréciation *in abstracto*, pourtant réputée (4) mettre en œuvre une plus grande protection. En l'espèce, une circonstance s'est imposée au Tribunal de Roubaix : les administrateurs étaient des « industriels avertis ». Cette circonstance, qui a servi en réalité à motiver la responsabilité, était suffisante, et le critère de rattachement que constitue « le bon père de famille » était aussi inutile qu'artificiel.

(1) Trib. com. Roubaix, 26 sept. 1956, D., 1957.10, note Goré ; Douai, 11 juill. 1957, D., 1957.J.715, note Lagarde ; Douai, 12 oct. 1961, J.C.P., 1962.II.12463.

(2) F. BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, p. 52 et 53.

(3) Trib. com. Roubaix, 26 sept. 1956, D., 1957.10, note Goré, précité, p. 142, note 2.

(4) MAZEAUD, in préface DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*

En conclusion, l'appréciation de la faute des dirigeants sociaux dépasse largement le cadre limité du mandat, fut-il salarié. Alors qu'en matière contractuelle, on souligne classiquement l'appréciation abstraite de la faute, en revanche, le droit des sociétés obtient la sévérité par la recherche de « circonstances aggravantes » d'ordre psychologique : ceci démontre que le critère du « bon père de famille » est inadapté, et que la notion de profession ne joue qu'un rôle subsidiaire, en substituant à une appréciation abstraite une appréciation concrète.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE I

84. Les exemples d'inadaptation du mandat, et de la technique contractuelle au statut des dirigeants sociaux abondent.

C'est ainsi que la jurisprudence reconnaît traditionnellement un droit de rétention au mandataire salarié, pour obtenir paiement des sommes dues par le mandant (1).

Ce droit de rétention ne fut jamais reconnu aux dirigeants de sociétés commerciales, et ce malgré leur qualification légale de « mandataires », — ou « mandataires salariés », que l'on retrouve dans tous les textes en la matière (2).

Le principe même du fonctionnement des sociétés commerciales, leur structure hiérarchisée, et les impératifs de la protection de l'épargne l'interdisent. Déjà, au sein des sociétés de personnes, fortement teintées de droit contractuel pourtant, la jurisprudence l'interdisait (3).

Le résultat concret de la construction jurisprudentielle est d'avoir consacré une rupture entre la règle de droit et la réalité.

Près d'un siècle et demi de recours au contrat, et plus particulièrement au mandat, ont abouti à écarter toute solution d'ordre professionnel, la seule garantissant chaque partie en cause.

La solution professionnelle exige compétence et technicité. Elle impose une responsabilité objective, mais confère en revanche des garanties — de stabilité équilibrée notamment.

Cette approximation de la solution du droit positif est d'autant plus étonnante que c'est fort justement le droit prétorien qui a favorisé la scission en deux classes des personnes membres des sociétés, épargnants et entrepreneurs. Face à une technocratie de dirigeants sans statuts précis, ou du moins formel, l'actionnaire est toujours ce spéculateur civil, peu soucieux de l'intérêt social.

Il est d'ailleurs remarquable d'observer que le dirigeant est toujours tenu de respecter l'intérêt social, alors que la condition première du statut de l'actionnaire est de quitter la société à tout moment, même si cette fuite est catastrophique pour la société. Il fallait encadrer et récompenser cette permanence par la stabilité.

(1) Cass. civ., 17 janv. 1866, D., 1866.1.77 ; PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1487 ; BAUDRY LACANTINIERE et WAHL, n° 763 ; Cass., 10 août 1870, D., 1871.1.40 ; Orléans, 20 juill. 1899, D., 1900.2.131 ; Civ., 25 janv. 1904, D., 1904.1.601 ; Trib. com. Marseille, 25 juill. 1928, *Gaz. Pal.*, 1929.1.70.

(2) Ce terme a toutefois disparu dans l'article 99 de la loi du 13 juill. 1967, portant réforme de la faillite et du règlement judiciaire. Voir II^e partie.

(3) *Le droit de rétention ne saurait jouer pour l'associé-gérant.* Cass. civ., 29 nov. 1871, D., 1871.1.189.

SOUS-TITRE II

NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS ET PROFESSION

85. La notion de profession n'a pas encore accédé à la vie juridique en droit des sociétés.

Elle imprègne cependant la vie économique, conférant un air de désuétude certain à la notion générale du mandat.

Cette notion professionnelle tient à la vocation à la permanence des dirigeants sociaux, et à la concentration du pouvoir entre leurs mains.

Elle a été favorisée par le désengagement des actionnaires, malgré le soin qui a été pris de conférer à la minorité le rôle d'organe subsidiaire de contrôle (1).

Un autre facteur d'autonomie des dirigeants sociaux découle de la théorie de la représentation : celle-ci étant légale, et non d'origine contractuelle, les derniers motifs qui pouvaient justifier une responsabilité de type contractuel disparaissent.

Une division en deux chapitres permettra d'examiner successivement :

- l'essor de la notion de profession,
- l'inutilité des techniques de la responsabilité contractuelle.

(1) D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, 1970.

CHAPITRE I

L'ESSOR

DE LA NOTION PROFESSIONNELLE

86. Cet essor a été facilité par le mouvement dialectique de désengagement des actionnaires, et de concentration du pouvoir entre les mains des dirigeants sociaux.

Il faut bien entendre que le terme profession recouvre les règles impératives, limitant la liberté totale découlant du statut actuel des dirigeants.

Un auteur (1) a émis l'idée que, tout en n'étant pas des commerçants, les dirigeants de sociétés auraient en certaines circonstances un régime semblable à ces derniers. Cet auteur se fondait sur certaines règles du droit positif : l'applicabilité aux dirigeants sociaux des règles de la loi du 30 juillet 1947 sur l'assainissement des professions commerciales, — l'action en comblement du passif social, — la faillite personnelle, (art. 104 de la loi du 13 juill. 1967) — enfin, la possibilité pour ces dirigeants d'être mis eux mêmes, en règlement judiciaire ou en liquidation de biens (2).

Que cette comparaison soit exacte ne résoud pas le problème de l'élaboration d'un statut propre aux dirigeants : il ne semble pas souhaitable de les considérer comme de véritables commerçants, — alors et surtout qu'en cas de mesure collective sur la société, ils encourent les sanctions ci-dessus énumérées : ces sanctions sont propres au droit de la « faillite », mais elles ne sauraient constituer le droit commun. Il faut maintenir les règles de la faillite telles qu'elles existent, mais promouvoir un régime juridique applicable en temps normal.

En effet, jusqu'ici, si le statut légal est venu remplacer le mandat pour régir la situation des dirigeants sociaux, cette substitution s'est opérée essentiellement quant aux techniques utilisées.

En d'autres termes, peut-on juger que cette technique légale élaborant un statut des dirigeants sociaux se soit dégagée spontanément, ou alors doit-on chercher les sources d'inspiration de

(1) A. PIROVANO, *Cours de droit commercial*, 1970-71, t. III, p. 7 et 8.

(2) Art. 100, L. 13 juill. 1967.

ces règles ailleurs que dans une simple volonté de progrès technique ? Il serait vain de penser que seul un divorce entre la conception traditionnelle issue du mandat, et une conception institutionnelle ait suffi à opérer le mouvement qui se réalise en la matière.

L'élément complémentaire de ces modifications juridiques, leur catalyseur, est surtout une évolution des conceptions économiques régissant le droit des sociétés.

Il faut remarquer que les auteurs modernes ne se limitent pas à un choix entre contrat et institution : ils quittent le domaine du contrat, sans pour autant rejoindre celui de l'institution. Ils n'en conservent que la technique, négligeant la finalité primitivement dégagée par les créateurs de cette théorie.

La notion de profession viendrait prendre à point nommé le relais d'une conception périmée du mandat.

Il faut donc s'attacher à la critique du système antérieur, au statut des actionnaires, et à la promotion des dirigeants.

SECTION I

CRITIQUE DU SYSTÈME ANTÉRIEUR

87. L'appréciation de la faute, a déjà été analysée plus haut (1). Cependant, comment oublier que tout en réservant au dirigeant de la société la responsabilité la plus lourde, fondée sur une appréciation *in abstracto*, la jurisprudence a considéré dans une affaire connue (2) comme une simple « circonstance aggravante », le fait que les administrateurs aient accordé une confiance trop grande à un président du conseil d'administration, — alors et surtout que « la majorité d'entre eux exerçant la même profession, pouvaient surveiller activement » ce président.

En posant différemment la question, on s'aperçoit que la compétence professionnelle des administrateurs dans la branche économique de leur activité n'apparaît, dans le droit positif antérieur, que comme un élément occasionnel, — voire extrinsèque à la règle de responsabilité.

On peut en inférer, en considérant ces administrateurs avec plus de sévérité, à raison de leurs connaissances professionnelles et de leurs liens familiaux avec le président du conseil d'administration, — que les administrateurs provenant d'une toute autre branche économique, d'un secteur différent — et dépourvus de toute parenté entre eux, devraient se sentir rassurés à la lecture de ces décisions...

Dans une telle hypothèse, et lorsque le responsable est un pro-

(1) Cf. *supra*, n° 72 et s.

(2) Douai, 12 oct. 1961, *J.C.P.*, 1962.II.12463.

fessionnel averti, le recours à la notion même de bon père de famille apparaît superflu, et doit le devenir. Dans une perspective de transformation, le fait d'exiger de l'administrateur une compétence professionnelle plus ou moins avérée, doit permettre d'abandonner une notion qui ne serait pas admise pour faire jouer la responsabilité de certains professionnels. Ceci apparaît d'autant plus évident, qu'à s'en tenir à l'adoption des règles du mandat en la matière, on s'aperçoit que « mandants d'eux-mêmes, les administrateurs s'absolvaient à bon compte » (1).

Il semble ici entendre Proudhon (2) s'écrier : « Hé quoi, vous placez un homme dans la position d'employeur sans contrôle des capitaux assez considérables, pour diriger le marché à la hausse ou à la baisse ; vous lui donnez la facilité de jouer contre les actionnaires, contre la société qu'il représente. Et contre les abus d'une telle situation, vous n'avez qu'un frein : la conscience du mandataire ! Triples sots ! Vous le traiteriez vous-mêmes d'imbécile s'il s'arrêtait à ses scrupules ».

Cette interjection date de près d'un siècle, mais elle est toujours d'actualité, malgré les mesures successives adoptées : il faut que le dirigeant de société ne soit pas un simple mandataire, soumis au degré de diligence exigé du mandataire.

88. Les auteurs ne se sont pas trompés sur le risque d'impunité existant du fait de la confusion sur la tête de l'administrateur de la qualité de « mandant » et de « mandataire » puisque, l'analyse de la notion de « contrôle » de la société faite par M. Champaud (3) démontre que la technique d'essence démocratique appliquée au fonctionnement des sociétés commerciales était faussée dans la recherche de la volonté collective. Le pouvoir dans l'entreprise dépend de la possession de la direction et de l'administration de la société, et de la possession d'une quantité de titres souvent plus limitée qu'on ne le pense.

L'écueil, objectera-t-on, est la carence des textes législatifs sur l'exigence d'une compétence professionnelle en matière de sociétés (4).

(1) CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 50 et 158.

(2) PROUDHON, *Manuel du spéculateur à la Bourse*, Paris, 1876, p. 126.

(3) CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 115 : le contrôle exercé par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires détenant moins de 50 % du capital social est fondé sur la passivité ou la division des autres... les règles de quorum posées ne garantissent pas pour autant l'absence de « contrôle minoritaire », puisque ces règles de quorum ne sont plus exigées pour l'assemblée réunie sur seconde convocation. Mais même en ce qui concerne l'assemblée sur 1^{re} convocation, le quorum étant de 25 %, le contrôle pourrait s'exercer à 12,5 % plus une des actions émises.

(4) Voir FASSIER, thèse Paris, 1944. Cet auteur conclut : « Le législateur pourrait envisager l'institution d'un statut véritable des administrateurs, voire même la création d'une compagnie, avec conditions d'admission rigoureusement exigées, par exemple en ce qui concerne la compétence administrative et commerciale ». Voir aussi Mme ALLIOT, Dalloz, *Faillites*, 1970, p. 416, n° 35.

Lorsqu'on se penche sur les exigences du droit positif en matière de compétence professionnelle des dirigeants sociaux, on ne trouve que fort peu de matières. M. Djian (1) relève que « peu de textes ont osé s'attaquer à ce délicat problème ».

Seul l'article 596 du Code de la santé publique (2) exige dans les sociétés anonymes de préparation ou de vente en gros de produits pharmaceutiques que le président et la majorité des administrateurs aient le diplôme de pharmacien (3).

S'il n'existe des garanties de compétence que dans des domaines si particuliers, c'est qu'à la différence du rôle des contrôleurs des comptes, qui est celui de spécialistes de la comptabilité, la fonction des administrateurs (contrôleurs de la gestion du président-directeur général, et des directeurs) exige des compétences beaucoup trop générales, et des qualités d'appréciation beaucoup trop subjectives pour qu'il soit possible de réglementer de manière générale les garanties destinées à assurer cette compétence (4).

Une telle résignation appelle quelques observations, la première fondée sur le fait que, dans le cadre des sociétés anonymes de préparation ou de vente en gros de produits pharmaceutiques, l'exigence du diplôme de pharmacien répond en priorité à des impératifs de santé publique, — et n'exonère pas les titulaires de tels diplômes des fautes de gestion, et d'administration.

En d'autres termes, la qualité de pharmacien n'est qu'une condition d'accès, et ne saurait s'analyser en une garantie de compétence dans le choix des options, et la prise de décisions relatives à l'existence même de la société. Il ne serait donc d'aucune utilité de demander aux administrateurs une qualification spécialisée, limitée à un domaine d'activité limitée : c'est bien sur des questions de gestion que l'on doit se montrer exigeant.

La seconde observation qu'appelle cette explication est qu'elle semble limiter le rôle des administrateurs à un simple rôle de contrôleurs de gestion. Or la fonction du conseil d'administration se dédouble : surveillance du président-directeur général d'une part, — orientation de la politique générale de la société d'autre part.

89. On ne peut donc ici qu'appeler de ses vœux un statut des dirigeants, dont déjà certains traits se dessinent, à l'instar des législations étrangères. Comment ne pas citer à cet égard le projet (5), devenu texte de loi (6) d'imposer à certains dirigeants sociaux une limite d'âge.

(1) *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun*, Sirey, 1965, p. 120.

(2) Décr. 5 oct. 1953.

(3) Cf. HAMEL et LAGARDE, 1954, *Traité de droit commercial*, n° 118, p. 135 et 638, p. 661.

(4) DJIAN, *loc. cit.*, p. 119.

(5) Cf. not. HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, D., 1970, Chron. XII, p. 45.

(6) L. n° 70-1284, 31 déc. 1970, *J.O.*, 31 déc. 1970, p. 12281, D., 1971.4, p. 33.

Il s'agit d'une technique que l'on retrouve dans le droit anglais (1) selon lequel, une personne de plus de soixante dix ans ne sera pas susceptible d'être nommée administrateur d'une société publique, ou privée filiale d'une société publique. Ce dirigeant doit donc se retirer à l'assemblée générale annuelle qui suit son soixante dixième anniversaire. Le company act de 1948 a admis deux limites à cette mesure de type professionnel : l'autorisation par l'assemblée générale, et l'insertion dans les statuts d'une telle clause antérieurement à 1946. Ces deux conditions sont cumulatives, et non alternatives, ce qui réduit le champ d'application de la tolérance instaurée (2).

Cette implantation d'un statut professionnel des dirigeants sociaux aurait l'avantage de permettre aux actionnaires bailleurs de fonds de suivre leurs aspirations, en laissant au repos leur vigilance, protégés qu'ils seraient par des règles de contrôle *a priori* et *a posteriori* de l'action des dirigeants sociaux.

Mais c'est déjà aborder le statut de l'actionnaire.

SECTION II

LE STATUT CIVIL DE L'ACTIONNAIRE

90. On sait en effet que l'état actuel du droit des sociétés anonymes trouve sa cause à la fois dans l'organisation de ces sociétés, et dans l'application pratique de ses règles de fonctionnement. Sans revenir ici sur la distinction célèbre entre « l'actionnaire épargnant » et « l'actionnaire entrepreneur » (3), il est incontestable qu'une scission s'est opérée au sein de ces sociétés entre les uns et les autres.

Cette scission trouve son origine dans deux causes, l'une de type économique, l'autre issue du droit positif.

Nous avons vu dans la section précédente, et nous reverrons dans la section suivante, les effets des manifestations économiques.

La présente section sera donc consacrée à la cause jurisprudentielle de rupture entre les deux catégories d'actionnaires.

Au risque de prêter à la juridiction suprême des pensées qu'elle n'a peut-être pas eues, il faut tenter d'analyser un arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation le 5 décembre 1966 (4). Cet arrêt décide que la cession d'actions est un acte toujours civil, et cela sans tenir

(1) Art. 185, Company Act de 1948. Cf. J. A. HORNBY, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1949, p. 12 et s.

(2) Sur cette question de limite d'âge : voir II^e partie, notamment le paragraphe intitulé « les conditions modernes de nomination », p. 191.

(3) Claude CHAMPAUD, *op. cit.*

(4) Cass. Ch. com., 5 déc. 1966, D., 1967.J.409, note Schmidt. Cf. à ce sujet des arrêts anciens, not. : Cass., 30 juill. 1912, S., 1913.1.24, D.P., 1914.1.86 et plus récemment : Cass. com., 1^{er} févr. 1955, J.C.P., 1955.II.8772, note Hémard ; D., 1956.J.338, note P. M. F. Durand.

compte des particularités de l'espèce, qui auraient parfaitement pu justifier une solution inverse.

En effet, une cession de titres soumise à l'examen de la Haute juridiction était assortie de clauses financières de nature commerciale, telles que l'engagement par le cessionnaire d'assurer le payement d'un passif concordataire, — et l'acceptation par les cédants d'une soumission à un arbitrage à intervenir entre commerçants.

La Cour de Paris, saisie du litige, avait décidé le 6 février 1963 que l'insertion de telles clauses au contrat de cession s'analysait en « de simples modalités de la fixation du prix définitif de ces actions ».

Nonobstant l'aspect d'indétermination du prix, à raison d'une décision d'arbitrage à intervenir, et sans chercher à revenir sur la validité même de la cession, on doit admettre quant à la nature civile ou commerciale de cette vente, que la solution inverse aurait parfaitement pu être adoptée.

Il faut donc en déduire que les juridictions saisies ont eu en vue un objectif précis. L'annotateur de l'arrêt observe qu'en règle générale, « l'épargnant ne veut pas avoir une activité économique ; il désire être un simple apporteur de capitaux, autrement dit, il souhaite que sa situation d'actionnaire soit en marge du commerce » (1).

Pour en revenir au bien fondé de la solution adoptée par la Cour de cassation dans cette instance, il faut remarquer que cette affirmation de principe se trouvait ici fortement tempérée par les clauses dont était assortie la cession d'actions. Néanmoins, la Haute juridiction a rendu un arrêt — de rejet certes — mais qui n'en conserve pas moins valeur juridique. La raison en a semblé être à M. Schmidt que « la solution inverse pouvait entraîner un malaise chez les épargnants ».

91. Par cette prise de position, confirmative d'un arrêt ancien (2), et non démentie par la loi nouvelle (3), lorsque la cession d'actions ne constitue pas un achat pour revendre, ou un acte de commerce par accessoire, elle est considérée comme un acte civil, dans un but de sauvegarde de la situation de « classe » dénoncée par M. Champaud, entre les actionnaires bailleurs de fonds, et les actionnaires de contrôle.

(1) J. SCHMIDT, note D., 1967.J.410.

(2) Civ., 21 févr. 1860, D.P., 1860.1.129, S., 1860.1.362. La Cour a ici décidé que « les opérations sur des valeurs mobilières ne sont pas comprises par les articles 631 et suivants du Code de commerce, au nombre de celles qui constituent par elles-mêmes des actes de commerce ». Cf. égal. Civ., 26 août 1868, D.P., 1868.1.439 ; Req., 15 juin 1874, S., 1875.1.303 ; Req., 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.2.58 ; Req., 16 déc. 1946, *J.C.P.*, 1947.IV.21.

(3) En ce qui concerne les cessions d'actions dans le texte de 1966, l'on trouve peu d'indices sur la nature civile ou commerciale de ces cessions : l'article 275 de la loi, attribue à défaut d'accord sur le prix des actions, compétence au président du tribunal de grande instance, semble-t-il (art. 1868, C. civ., al. 5) statuant en référé. Mais en revanche, la prorogation du délai d'agrément est accordée, aux termes de l'article 207 du décret du 23 mars 1967, au président du tribunal de commerce, statuant sur ordonnance.

Que la Cour suprême décide qu'un engagement commercial annexe à une cession d'actions n'en concerne que le prix, et ne modifie en rien la nature de la cession, semble assez surprenant pour qu'il soit permis d'y insister.

Ce faisant, le droit positif favorise l'établissement d'un « statut de l'actionnaire », exclu du monde du commerce, et des risques qu'il comporte. Ces actionnaires doivent pouvoir exiger que leurs capitaux soient gérés par des professionnels compétents et qualifiés.

Face à la sécurité que recherchent les bailleurs de fonds, on trouve le désir de puissance et de profit qui caractérise les actionnaires entrepreneurs. Cependant, pour répondre à la désaffectation des premiers envers la vie sociale, il a fallu quitter les règles du contrat, par essence fondées sur une vigilance égale de la part de chaque contractant et ce dans le but d'élaborer des règles de protection verticales, impératives.

La responsabilité légale s'est lentement substituée à une conception essentiellement fondée sur des manquements contractuels, parce que chacune des parties n'avait pas la même psychologie dans l'application du contrat de société.

Pour les uns, le contrat se résumait à la notion d'épargne qu'il permettait, — tandis que pour les autres, il s'agissait d'un tremplin à une activité personnelle créatrice, et génératrice de profits disproportionnés à la mise initiale.

C'est donc la réalité économique qui a davantage creusé le fossé, permettant à la technique institutionnelle de s'insérer dans le droit positif.

SECTION III

LE DYNAMISME DES DIRIGEANTS

92. Il s'est établi « une technocratie des dirigeants de moyennes entreprises, qui bafoue également la théorie dont elle se réclame » ... « Les directeurs, même s'ils sont parents des actionnaires, se rendent indépendants d'eux, tant par leur rémunération personnelle (faite de traitements et d'avantages en nature, non de dividendes) que pour leur action quotidienne grâce à l'autofinancement » (1).

La concentration de l'autorité étant ainsi permise, par la technique de l'action, elle a permis à quelques actionnaires entrepreneurs de constituer des patrimoines très importants. Mais la constitution de tels patrimoines devait se révéler incompatible avec le respect total des règles du jeu démocratique : la désaffectation des masses d'épargnants laissait un vide que ne pouvait manquer de combler le dynamisme des plus audacieux ; ils « ont suscité la formation

(1) BLOCH-LAINÉ, *op. cit.*, éd. Seuil, p. 19.

d'une classe d'administrateurs, dont les capacités indéniables, le dynamisme et la volonté de puissance ont été à la mesure de l'ignorance, de l'apathie et de la modestie des actionnaires épargnants » (1).

En effet, les bailleurs de fonds ne consacrant pas leur activité à la gestion de l'entreprise, savent de moins en moins ce qui s'y passe, et ont, malgré les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur la communication des documents sociaux, de moins en moins l'occasion d'avoir une autre vue de la situation réelle que celle que leur confère cette coupe de nature fiscale qui leur est révélée par le bilan, le compte général d'exploitation, et le compte de pertes et profits ou l'inventaire.

A l'opposé de l'absentéisme traditionnel de la masse, se profile la silhouette de celui qui est « au courant » (2) : les autres n'ont le choix que de l'accepter pour chef de file, car « s'il pouvait y avoir une chose pire que la réduction des pouvoirs de l'actionnaire minoritaire, ou passif, ce serait de le laisser exercer ses pouvoirs en une matière où il n'est pas informé » (3).

D'ailleurs M. J. K. Galbraith va plus loin, lorsqu'il énonce : « le pouvoir est censé descendre du sommet : ceux qui sont en haut donnent des ordres, ceux qui sont au-dessous les relaient ou les exécutent, — les choses se passent ainsi mais seulement dans les organisations très simples, tels les exercices du temps de paix de la Garde nationale, ou les sorties du dimanche des boy-scouts » (4).

Cette formulation démontra qu'à l'évidence la prise de pouvoir par une « minorité agissante » n'est pas mal vue par les économistes. Ces derniers admettent la valeur du système fondé sur le renoncement même des personnes ne se sentant pas aptes à exercer le pouvoir.

Cette agressivité ne fut pas sans inquiéter les juridictions appelées à statuer sur le « capitalisme sauvage », dénoncé par une formule à succès (5).

S'il avait été admis en effet qu'au sein des entités économiques privées et expansionnistes que constituent les sociétés par actions les « directeurs » acquièrent une position privilégiée (qui s'enracine d'autant plus profondément que la structure dans laquelle ils s'insèrent est plus hiérarchisée) — cela n'était que dans la mesure où l'intérêt social était protégé.

Nantis d'une incontestable technicité, et conscients de leur valeur, ces dirigeants bénéficient notamment de la certitude qu'ont les épargnants qu'eux seuls peuvent provoquer l'initiative qui confèrera à l'entreprise l'impulsion souhaitable.

(1) JAMES, *Les formes d'entreprise*, p. 218. Cf. RIPERT, *op. cit.*, p. 109.

(2) Comment ne pas citer les « informations privilégiées », visées par l'article 8 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967, ajoutant un article 162-1 à la loi du 24 juillet 1966. Voir encore « le dirigeant initié ».

(3) John Kenneth GALBRAITH, *Le nouvel état industriel*, Gallimard, 1968, p. 97.

(4) *Op. cit.*, p. 77.

(5) P. DROUIN, *Le Monde*, 16 janv. 1969.

93. Il convient de citer à ce propos le « tableau des formations » dressé par M. Burgard (1) sur 102 nominations de présidents-directeurs généraux, et de directeurs généraux adjoints publiés dans la presse spécialisée, entre le 1^{er} février 1964 et le 1^{er} août 1965. Sur les 102 candidatures examinées, et retenues, près de 95 sortent de grandes écoles ou de l'*enseignement supérieur* (2), ce qui est révélateur du facteur de confiance dont bénéficient ces dirigeants à l'égard de la masse. D'autre part, ces administrateurs viennent précédés d'une expérience au service du secteur public, ou privé, ou tout simplement au service de la société à la tête de laquelle ils arrivent. Comment ne pas citer les articles 57 à 60 du décret du 9 juin 1972, permettant à un avocat d'être nommé membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société commerciale (3).

Ce phénomène de « montée des directeurs » (4), qui mérite d'être transposé au niveau des administrateurs dans le cadre de l'exigence d'une compétence de ces derniers, a été rendu possible par une supériorité fondée sur le savoir. Le savoir, et la compétence ont engendré chez les « possédants anonymes » une certaine résignation, encouragée par l'absence de responsabilité personnelle.

L'inégalité ainsi instaurée, a donc fait l'affaire des dirigeants, et des gouvernés, et a favorisé nettement l'implantation des structures institutionnelles. Il faudrait que le législateur prenne conscience de cette différence de statut entre les actionnaires, et les dirigeants, pour clarifier les obligations des seconds à l'égard des premiers, en les considérant comme des professionnels, dotés d'un « Code déontologique ».

Certains administrateurs ont été appelés, dans des affaires récentes, à témoigner de leurs capacités à défendre l'intérêt social, ou à aggraver — toujours pour le compte de leur société — d'autres entreprises (5). C'est l'occasion d'instaurer une responsabilité de type professionnel, en écartant l'aspect financier découlant du critère de l'intérêt.

La recherche du pouvoir économique, du contrôle, doit, selon la jurisprudence la plus récente s'assortir de responsabilités : il

(1) Jean BURGARD, *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, L.G.D.J., 1968, p. 26 et 27.

(2) 19 polytechniciens, 10 diplômés Sciences politiques, 6 docteurs en droit, 6 H.E.C., 9 licenciés en droit, 20 ingénieurs des Grandes Ecoles, etc... Ces proportions démontrent à l'évidence que rien ne s'oppose à l'élaboration d'un statut professionnel : les dirigeants n'en seraient pas pénalisés, mais leurs obligations seraient clarifiées.

(3) Voir *Rev. trim. dr. com.*, 1972, p. 400, § 9. Ce décret complète la loi du 31 décembre 1971 (*Rev. trim. dr. com.*, 1972, p. 115).

(4) P. DIDIER, *op. cit.*, p. 31. Cf. égal. J. BURNHAM, *L'ère des organisateurs*, p. 91. Cf. égal. Peter DRUCKER, *La Grande mutation* (Les éditions d'organisation), 1970, pour cet auteur, « nous sommes entrés dans l'économie de savoir ».

(5) Affaires : *Fiat-Citroën*, *Saint-Gobain*, *B.S.N.*, *Saupiquet-Cassegrain*, etc... Cf. J. PAILLUSSEAU et CONTIN, *J.C.P.*, I.2287, n° 3.

sembla même à certains auteurs que la Cour de Rennes (1), permettait, dans la société anonyme, de dissocier l'organisation établie et légale, de l'existence d'un pouvoir de fait : cette juridiction considéra que la cession volontaire de leur autorité et de leur pouvoir par les « controlaires » (2) devait engendrer à leur charge des responsabilités certaines, lorsque le sort même de la société qu'ils contrôlaient était menacé.

Cet arrêt, quoique cassé (3) présentait un intérêt certain, décidant notamment que la simple négociation d'actions, opération banale, pouvait être source de responsabilités, lorsque l'intérêt social était en jeu.

Revenant aux dirigeants sociaux, il faut signaler que leur défaut de technicité, ou leur incompétence sont dénoncés, lorsqu'ils existent : « trop souvent, chaque enfant ou gendre a vocation à occuper un poste de direction. En France, on devient chef d'entreprise parce qu'on est le fils de son père, ou parce qu'on a des capitaux. Dès lors, diriger une société n'est pas un métier, mais un état. Une telle conception influe sur le niveau intellectuel des maîtres de la firme... héritiers de droit divin de fonctions de direction, ils vont s'employer à les conserver avec d'autant plus d'acharnement qu'ils ne les méritent pas » (4).

De toutes façons, même lorsque ne se pose pas le problème de la transmission familiale, on admet que l'actuelle structure des conseils d'administration ne leur confère pas l'efficacité voulue. Leur composition qui les contraint à y voir coexister banquiers, concurrents, clients, administrateurs de sociétés mères ou de filiales, selon le cas, leur ôte toute cohésion, et en tous cas l'assurance de la discrétion qui doit assortir sa décision (5).

94. Enfin, leur organisation même semble inadaptée : les réunions sporadiques de gens généralement polyvalents, qui apportent certes

(1) Rennes, 23 févr. 1968, *J.C.P.*, 1969.II.16122, note Paillusseau et Contin. Cf. Rouen, 25 sept. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16219, note Guyon et Cass. com., 11 oct. 1967, *D.*, 1968.J.136.

(2) PAILLUSSEAU, *loc. cit.* ; Claude CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 174, n° 206. Pour ce dernier (§ 183, note 2), le néologisme contrôlaire, vise celui qui est titulaire du contrôle, qui en jouit, comme le propriétaire jouit de ses droits de propriété.

(3) Cass. Ch. com., 21 janv. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 28, p. 28, *J.C.P.*, 1971.II, note Oppetit ; *Rev. soc.*, 1970, p. 291, note J. G. ; *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 738, n° 16 : observations M. Houin, qui critique cet arrêt de cassation, « donnant l'impression de grisaille qui s'attache aux constructions anciennes ;... manifestement tourné vers le passé, et appliquant des règles traditionnelles inadaptées aux opérations de concentration des sociétés ».

(4) M. TROCHU, « L'entreprise : antagonisme ou collaboration du capital et du travail », *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 692. Cf. égal. GRANICK, *Les entreprises européennes, — par qui et comment sont-elles dirigées*, p. 296 et s. ; CHAMPAUD, « Communication au colloque de Lille, sur les sociétés de familles, des 29 et 30 novembre 1967 », *Situation professionnelle des dirigeants des sociétés de famille*, p. 14 à 20.

(5) M. TROCHU, *op. cit.*, p. 698. Cp. Cl. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*.

parfois une logique et un solide sens des affaires se révèlent insuffisantes pour l'élaboration d'une véritable « gestion » (1).

Pour reprendre une formule lapidaire énoncée par M. Galbraith (2) : « La technologie a engendré la techno-structure ».

Il en résulte une rupture entre le droit et la réalité, entre les structures de type légal, et les constructions économiques et techniques : la véritable décision qui demeure particulière aux administrateurs est en fait une adoption de mesures préconisées — quand elles ne sont pas prises directement — par les cadres, réunis en entité organisée. Dès lors, dans ces circonstances « parler de la responsabilité d'administrateurs qui n'ont pas apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires devient aberrant : ceux-ci ne peuvent exercer les prérogatives que leur attribue la loi, n'ayant pas les compétences scientifiques, ou techniques requises, et n'étant pas en relation avec les organes d'étude » (3).

Il existe en conclusion, un moyen de concilier les exigences modernes, et le système de responsabilité que connaît notre droit : c'est la notion de faute, mais cette faute devra être constituée par la violation d'une obligation légale préexistante, découlant de devoirs de type professionnels. La jurisprudence s'est toujours opposée à abandonner l'idée de faute (4) et a été approuvée en cela par la doctrine.

Encourager les initiatives des « professionnels des sociétés anonymes » (5), sans leur permettre d'aménager leur impunité par des techniques contractuelles, doit être l'objet d'un statut légal souhaitable.

A l'initiative, doit correspondre une responsabilité objective, tenant compte de critères professionnels de compétence et de technicité, appréciée par des magistrats spécialisés (6).

(1) BADINTER, « Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales », D., 1969, Chron. p. 185. Observons d'ailleurs que le législateur a supprimé, par sa loi n° 67-559 du 12 juillet 1967, le mot « gestion », lorsqu'il a modifié les articles 98 et 113 de la loi du 24 juillet 1966.

(2) *Op. cit.*, p. 99.

(3) M. TROCHU, *op. cit.*, p. 702.

(4) Cf. J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, t. IV, p. 303. Comp. Cl. CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 50 et 51. Voir aussi : P. BOUREL, « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 785 et s.

(5) Cl. CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 51, n° 48.

(6) Comment ne pas évoquer la juridiction suprême économique préconisée par M. Bloch-Lainé, — alors et surtout qu'un projet a été déposé, en vue de promouvoir une « Cour des groupes et concentrations », organe ayant pour fonction de rendre des décisions assorties de l'autorité absolue de la chose jugée, insusceptible d'appel ou de pourvoi en cassation (*Le Monde*, 22-23 févr. 1970).

Cette juridiction repose, dans l'idée de ses promoteurs sur la nécessité d'assurer un arbitrage et une protection des actionnaires des sociétés appelées à fusionner, ou à être absorbées. C'est bien entendu la catégorie des minoritaires qui

Rien dans le droit positif ne s'oppose réellement à l'implantation d'une responsabilité de type légal : l'étude de la nature juridique de la responsabilité des dirigeants le démontre.

bénéficie de la sollicitude du projet, — qui les appelle d'ailleurs les « actionnaires externes ».

L'auteur de ce projet, M. Pierre-Bernard Couste, député du Rhône, ayant l'adhésion de la majorité et des apparentés, prévoit notamment que la personnalité morale distincte de la filiale s'efface pour exécuter les ordres des organes de la société « dominante ».

L'article paru dans *Le Monde*, relatant les grandes lignes de ce projet, souligne que l'efficacité de cette réforme dépendra « en grande partie du recrutement des magistrats appelés à faire partie de cette Cour. Ces magistrats n'auront que rarement à interpréter des textes juridiques... la connaissance de la législation récente des sociétés leur sera certes indispensable. Mais ils auront surtout à analyser la situation et les perspectives des sociétés en présence ». Il s'agira *de juges de l'opportunité*.

CHAPITRE II

INUTILITÉ DES TECHNIQUES DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

95. Compte tenu de la qualité de représentants des dirigeants sociaux, et surtout de la nature de la représentation, peut-on affirmer encore qu'ils soient soumis à une responsabilité de type contractuel ?

Le ton du débat demeure encore théorique : plus que les conséquences, c'est la qualification même de la responsabilité qui va retenir. Il faut trancher : il n'aurait servi à rien, tout au long des pages qui précédaient, de nier l'existence d'un contrat, pour admettre sur cet ultime problème, au seuil de la seconde partie de cette étude, l'existence de règles contractuelles.

Il faut prendre position, et les choix sont limités : le compromis semble difficile à admettre.

Pourtant, un auteur avait tenté, au terme de son étude, de trouver un moyen terme entre le contrat de mandat, et la théorie organiciste (1). Il concluait notamment que le droit positif avait tort de vouloir considérer les dirigeants sociaux comme des mandataires ordinaires, car ils n'étaient pas astreints aux mêmes choix, ni au même contrôle (2).

M. Veaux écrivait donc que la représentation serait sporadique : elle ne jouerait que lorsque le mandataire social respectait l'intérêt de la société, — disparaissant lorsque son intérêt personnel conditionnait ses actions.

C'est déplacer le problème sur l'examen systématique de la notion d'intérêt social.

Il convient d'examiner successivement le problème de la nature juridique de la responsabilité des dirigeants sociaux, l'incidence de la représentation sur ce problème, et enfin l'application unitaire de cette responsabilité par la jurisprudence.

(1) D. VEAUX, *La responsabilité personnelle des dirigeants des sociétés commerciales*, Ed. techniques, 1947.

(2) *Op. cit.*, p. 529, § 284.

SECTION I

**NATURE DÉLICTUELLE OU CONTRACTUELLE
DE LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**

96. Ce problème présente un intérêt théorique, et la réponse à y apporter ne présente d'utilité que dans la démarche particulière entreprise, en vue de rejeter la conception contractuelle des fonctions du dirigeant de sociétés.

Les auteurs sont dans l'ensemble enclins à admettre que la question présente un intérêt pratique limité. La doctrine estime qu'il « s'agit d'un faux problème » (1), et attire l'attention sur « la vanité de la distinction » (2), car, selon l'opinion commune aucune conséquence immédiate ne découle de l'adoption d'un système délictuel ou contractuel, tout revenant en fin de compte à prouver l'absence de la faute, ou son existence.

Ces mêmes auteurs constatent que la faute existe aussi bien en matière contractuelle que délictuelle (3) : ils en concluent parfois que « dans une certaine mesure, les rapports qui se nouent à l'intérieur d'une société échappent au cadre classique du droit privé » (4).

Même Ripert, qui affirmait pourtant que « la conception contractuelle apparaît périmée », reconnaissait que l'on butait en fin de compte sur le fait qu'il est inutile de rechercher la violation d'une obligation légale, la faute devant être prouvée en tout état de cause (5).

L'effervescence qu'a suscité ce problème démontre cependant à l'évidence qu'à défaut de portée pratique réelle, la solution se révélerait pleine d'enseignements d'ordre théorique, permettant d'orienter plus précisément la philosophie de cette responsabilité (6).

Peut-on d'autre part affirmer aussi légèrement qu'aucune différence de régime juridique ne sanctionne l'option à exercer entre les deux types de responsabilités ? En d'autres termes, même si ces deux responsabilités présentent une unité fondamentale, ne révèlent-elles pas une dualité certaine au niveau de leurs conséquences secondaires (7) ?

(1) TUNG, « La responsabilité civile des administrateurs de sociétés », in *Travaux Association Henri Capitant*, t. XV, p. 28.

(2) RIPERT et ROBLOT, 6^e éd., n° 1369.

(3) RIPERT et ROBLOT, *loc. cit.*

(4) TUNG, *loc. cit.*

(5) RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*

(6) ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, t. 4, n° 1568 ; NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, n°s 296 et s., et *Juris-Classeur de la responsabilité*, Civ. II, Fasc. IX bis, 1960, n°s 10 et s. ; H. et L. MAZEAUD et TUNG, 5^e éd., t. II, n° 1878-6 ; HOMMEY, thèse Paris, 1936, p. 15 et 100 et s.

(7) YAMULKI, thèse Genève, 1964, p. 297 et s.

Cette idée est d'ailleurs exprimée avec vigueur par MM. Mazeaud et Tunc (1) : pour ces derniers, l'étude de la responsabilité contractuelle ne relève pas uniquement du problème de l'effet de l'obligation, « pas plus que celle de la responsabilité délictuelle ne relève de la seule question des sources des obligations », — tant et si bien qu'admettre la similitude des deux institutions ne dispense pas d'une étude sur les divergences.

Du point de vue de l'organisation, de la structure des mécanismes, on s'aperçoit que les constantes demeurent les mêmes, savoir faute, dommage, lien de causalité entre la faute et le dommage (2). « Mais ce serait nier l'évidence, ajoutent MM. Mazeaud et Tunc, que de vouloir en tous points assimiler entièrement les règles applicables en matière de responsabilité contractuelle. Si certaines différences restent discutées, notamment dans le domaine de la preuve, il y en a d'incontestables ».

Le mode de calcul des dommages-intérêts en apporte la première manifestation : dommage prévisible seulement en matière contractuelle, alors que la responsabilité délictuelle reconnaît le dommage effectivement réalisé, prévu ou imprévu (3).

Le droit positif appelle de nombreuses observations similaires, concernant notamment la charge de la preuve, la compétence du tribunal appelé à connaître du litige, ou la solidarité par exemple (4).

Certes, M. Tunc a reconnu que les rapports se nouant au sein d'une société échappent au cadre du droit privé, et c'est la raison pour laquelle la doctrine a scindé la difficulté en affirmant que la nature de la responsabilité des dirigeants sociaux serait fonction de la personne subissant le dommage, et actionnant les dirigeants.

97. Pour de nombreux auteurs, une accumulation de sources de responsabilité se réalise : en vertu de l'article 1382 et de l'article 1383 du Code civil, les principes généraux de la responsabilité délictuelle s'appliquent « aux dirigeants sociaux comme au commun des mortels » (5) à l'égard de tous les tiers « étrangers » à la société, qui auront à se plaindre d'un dommage consécutif à leur faute, leur imprudence, ou leur négligence.

Le terme de tiers est alors expliqué par ces auteurs en raisonnant

(1) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 5^e éd., t. I, 1957, p. 103 et s.

(2) La notion de risque ne semble pas ici trouver sa place, pour les auteurs classiques, malgré l'interprétation extensive de la jurisprudence du texte primitif de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par la loi du 1^{er} août 1893. Voir *infra*, *Responsabilités encourues avant toute opération de gestion*, 2^e partie, titre II.

(3) GOUGET, *op. cit.*, p. 55.

(4) YAMULKI, *op. cit.*, p. 298.

(5) B. PIEDELIEVRE, *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes*, Dunod, 1967, p. 81.

par *a contrario* : sera un tiers toute personne étrangère « au contrat liant la société à ses dirigeants », car à ce moment, d'après le principe de la relativité des conventions, les tiers ne peuvent pas étendre à leur profit les obligations assumées par l'un des contractants.

En d'autres termes, les tiers ne sont pas admis à se prévaloir de l'existence ou de l'inexécution d'un contrat « comme tel » (1) de façon générale.

Dès lors, la situation semble parfaitement claire. Ou bien la victime du dommage est partie au contrat « liant la société à ses dirigeants », ou bien elle y est étrangère, — son action étant contractuelle dans la première hypothèse, et délictuelle dans la seconde.

Le législateur avait consacré ce point de vue, en édictant en 1867 (2) « les administrateurs sont responsables... envers la société ou envers les tiers... », — ce qui fut confirmé en 1966 (3).

Ne doutant pas un instant de la solution posée, les auteurs ont écrit : la responsabilité des administrateurs et des dirigeants mandataires est essentiellement une responsabilité fondée sur la notion de faute : faute de gestion, faute de violation de la loi, faute de violation des statuts. Selon les cas, cette responsabilité sera contractuelle ou délictuelle. D'une façon générale, on peut considérer que leur responsabilité sera contractuelle en cas de violation des statuts ou de fautes de gestion ; elle sera tantôt contractuelle tantôt délictuelle en cas d'infraction à la loi ; elle sera délictuelle enfin en ce qui concerne les fautes commises à l'égard des tiers » (4).

Comment ne pas reprendre l'expression du doyen Ripert, selon laquelle « il y a beaucoup de confusion... sur la cause et la nature de cette responsabilité » (5).

Dès que l'on aborde en effet la notion de partie au contrat, pour appliquer les règles définies par la doctrine, le bel accord existant jusqu'alors s'efface : si la doctrine classique se range autour de l'idée de mandat, elle se divise quant à la détermination des parties à ce contrat.

98. L'examen des diverses personnes à l'égard desquelles les dirigeants engagent leur responsabilité démontre la vanité des constructions dualistes échafaudées par la doctrine.

En effet, la présence de l'actionnaire, ou de l'associé pris isolément fausse la netteté du mécanisme : est-il un tiers ou une partie au « contrat » de mandat, à supposer qu'il en existe un ?

(1) MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, p. 179.

(2) Art. 44, L. 24 juill. 1867.

(3) Art. 244, L. 24 juill. 1966.

(4) B. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, n° 175, p. 83.

(5) RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 694, n° 1369.

Une catégorie de personnes ne soulève aucun problème : celles qui ne sont ni associées, ni incorporées à aucun titre que ce soit à la structure de la personne morale : créanciers, salariés de l'entreprise, et *a fortiori* sujets sans lien de droit avec elle. Pour ces personnes, « véritables tiers », « il ne peut s'agir que de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, les administrateurs n'étant liés vis-à-vis des tiers par aucun contrat » (1).

Encore que le terme responsabilité délictuelle appelle certaines précisions, il a le mérite d'exclure formellement toute responsabilité contractuelle.

La situation est plus complexe lorsque c'est le sort de l'actionnaire, ou associé qui est en jeu : est-il un tiers ? Dans l'hypothèse d'un contrat de mandat, celui-ci ne concerne-t-il pas les seuls rapports entre la société et ses dirigeants ?

Les associés, actionnaires, sont de simples créanciers de la société, puisqu'ils détiennent sur elle le titre que constituent les actions ou parts sociales. Du fait de la personnalité morale, les associés perdent la propriété de leurs apports, ne conservant qu'un simple droit mobilier dans la société (2).

Admettre qu'à leur égard la responsabilité des dirigeants est contractuelle serait leur conférer le rôle de *mandant* : nous aurions une fâcheuse pluralité de mandants.

Un inventaire des éventuels mandants pourrait alors être dressé, dans pareille hypothèse :

- d'une part, et au premier chef, la personne morale ;
- d'autre part, chaque associé ou actionnaire, puisque chacun d'eux peut exercer l'action sociale, aux termes de l'article 245 de la loi du 24 juillet 1966 ;
- d'autre part encore, et éventuellement, un groupe d'associés représentant au moins le dixième du capital social de la société à responsabilité limitée, ou un groupe d'actionnaires représentant le vingtième du capital social dans la société anonyme (3), puisque ce groupe peut agir pour mettre en jeu l'action sociale (4),
- enfin, encore, la majorité pourrait constituer un mandant acceptable ... A ce sujet, il faut rappeler que depuis la loi du 1^{er} mai 1930 (5) le législateur a imposé au groupe la loi de la majorité, dont

(1) GAIN et DELAISI, *Guide formulaire des sociétés commerciales*, 6^e éd., p. 290, n° 360.

(2) Voir déjà Cass., 15 nov. 1887, S., 1888.1.410, et note Bastian, *J.C.P.*, 1956. II.9170.

(3) Articles 45 et 200 du décret du 23 mars 1967, complétant la loi du 24 juillet 1966, article 245.

(4) Voir à propos de l'éventuelle personnalité morale de ce groupe *supra*, p. 26 et les notes 2 et 3.

(5) Modifiant l'article 31, alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867, dont les termes se retrouvent dans l'article 153 de la loi du 24 juillet 1966. Cf. RIFEYR, « Observations sur le jeu de la loi de la majorité en droit privé », *Mélanges Sugiyama*.

le moins que l'on puisse dire est qu'elle est étrangère aux techniques individualistes de notre droit privé. Or la justification doctrinale parfois avancée pour justifier de l'existence de la majorité, et de la soumission de la minorité à cette dernière, s'analyse tantôt comme une renonciation anticipée du minoritaire (1), tantôt comme l'expression d'un contrat de mandat conféré par l'unanimité des membres de la société à la majorité pour conduire les affaires sociales (2).

99. De nombreux auteurs, et surtout récemment M. D. Schmidt (3) ont analysé avec soin les explications proposées, pour stigmatiser l'idée d'abdication de toute volonté individuelle désireuse de se soumettre à la loi de la majorité : une telle idée de résignation est incompatible avec l'idée permanente de domination de la volonté du mandant sur celle du mandataire.

À admettre que la majorité soit le mandataire de chaque individu composant le groupe, l'on concevrait fort mal la règle organique de la majorité elle-même. M. Perroud avait bien posé ce principe du dédoublement du mandat (4), mais nous l'avons vu plus haut (5), sans succès. De surcroît, le double mandat proposé par M. Perroud s'appliquait, au premier degré à un mandat conféré par l'actionnaire non à la majorité, mais à l'assemblée générale des actionnaires.

En fin d'analyse, adopter une attitude trop libérale à l'égard du mandat (et l'analyse contractuelle y convie) aboutit à faire du corps social une sorte d'armée où les généraux sont plus nombreux que les soldats. La pluralité de *mandants* jette *un doute sérieux sur l'analyse contractuelle*.

Il en résulterait, quant aux relations intra-sociales, une insécurité difficile à tolérer, et incompatible avec la structure hiérarchisée de la société.

Certains auteurs l'ont bien vu, qui ont proposé de sérier les mandats existants, afin d'éviter les cumuls que nous avons dénoncés : utilisant la structure pyramidale de la société, ils ont tenté, au sein de la société anonyme, d'opposer les fonctions de direction à celles de contrôle : « ainsi le président du conseil d'administration, et le directeur général sont responsables de leurs fautes vis-à-vis du conseil d'administration, — et les membres du directoire à l'égard du conseil de surveillance, qui sont leurs mandants » (6). On ne peut

(1) Voir à ce sujet Dominique SCHMIDT, *op. cit.*, § 33, les références citées : BOURCART, *Organisation et pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions*, Paris, 1905, p. 118 ; LYON-CAEN, note au S., 1882.1.561, et S., 1884.1.306.

(2) Conf. not. Ch. civ., 30 mai 1892, D., 1893.1.105 et S., 1892.1.561.

(3) Les droits de la minorité dans la société anonyme, *op. cit.*, p. 26.

(4) « La condition de l'actionnaire », *Etudes Ripert*, t. II, p. 320 et s.

(5) Voir *supra*, p. 19 et s.

(6) PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 82, n° 172, ceci est d'autant plus remarquable que M. Piedelièvre invoque l'existence d'une responsabilité d'origine contractuelle (p. 175), mais sans préciser notamment si les actionnaires ou associés rentrent ou non dans cette catégorie.

mieux reconnaître que le maintien du mandat n'est possible qu'au prix d'une limitation du nombre des mandants.

Le champ d'application de la responsabilité contractuelle se restreint fortement : soit les demandeurs en responsabilité sont des tiers — parmi lesquels figureront en fin de compte *les actionnaires* qui ne sont pas des mandants (1), soit encore, il s'agit de la société, ou d'organes sociaux : il faut alors faire appel à la théorie de la représentation, détachée de tout contexte contractuel.

La théorie de la représentation, d'origine légale, conditionne la solution du problème.

SECTION II

IMPORTANCE DE LA THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION

100. La fonction des administrateurs est de représenter, et non de se comporter comme de véritables mandataires. Sans revenir sur les pouvoirs d'initiative et d'autonomie que suppose le mécanisme de la représentation par rapport au simple mandat, il faut bien convenir que le dirigeant engage presque toujours la société, alors que le phénomène de représentation d'essence contractuelle du mandataire ne joue que dans les limites du mandat.

La représentation est une *nécessité organique* : un moyen d'accès à la capacité juridique, à la vie juridique par la personne morale. Le mandant, en revanche a déjà la capacité juridique : il en use par souci de commodité, ou d'intérêt en se déchargeant de tâches lui incombant.

Le mandant peut ne pas donner mandat. La société n'existe pas sans représentation. Cela n'est plus contesté dans le droit des sociétés commerciales, où le seul problème aujourd'hui est de faire coexister l'égalité des actionnaires, ou associés, et la détention du pouvoir que constitue le bénéfice de la qualité de représentant.

Les auteurs ont, avec raison, toujours auréolé « le contrat » de société d'un « caractère de démocratie égalitaire », malgré la difficulté que suscitait l'application pratique d'une telle conception (2). Partant de ce principe, un auteur a pu dire « c'est pourquoi elle est

(1) Ne bénéficient-ils pas, outre l'action sociale *ut singuli* d'une action individuelle, réparant le préjudice personnel subi à la suite d'une faute de type délictuel ou quasi-délictuel des dirigeants ? (voir à ce sujet, 2^e partie, Titre 1^{er}, *infra*, « L'action individuelle »).

(2) Voir à ce sujet, D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 9 ; CHAMPAUD, *op. cit.*, n° 48 ; RIBERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 304 ; LAGARDE, *Travaux de la commission de réforme*, II, p. 356 ; TUNC, D., 1952, Chron. p. 73.

soumise aux règles de la représentation qui viennent altérer de façon plus ou moins grave celle de l'égalité entre associés » (1).

La comparaison entre le mandat et la représentation révèle un indice précieux dans la coexistence entre la représentation et l'égalité. Dans les deux cas, il y a un rapport de forces entre les contractants, même s'il se double d'une collaboration.

L'équilibre découlant de ce rapport de forces est précaire : il sera en réalité toujours rompu au profit de l'un des sujets de droit : mandant ou mandataire, — représenté ou représentant.

C'est le fondement de chaque institution qui va définir le sens de la rupture de l'égalité : soit la représentation s'appuie sur l'existence d'un contrat de mandat, — soit encore, elle est une représentation de type légal, institutionnel, et totalement distincte des règles du mandat.

Dans chacune des hypothèses envisagées, on peut prédire à la règle de l'égalité entre associés un sort différent allant en sens inverse. En effet, il est certain que l'égalité sera rompue, — le bénéficiaire de cette rupture étant tantôt les dirigeants, dans le cadre de la représentation de type légal, — et tantôt l'assemblée, dans le cas de représentation de type conventionnel, étayée sur les règles du mandat.

Si le mandat fonde la représentation, il entraînera en vertu des principes mêmes de ce contrat domination de la part du mandant : il est de l'essence même du contrat de mandat que le pouvoir se trouve entre les mains du mandant.

Si en revanche, la représentation est indépendante de tout rapport contractuel (et comment ne pas l'admettre ?), c'est le « mandataire » donc le représentant légal qui concentrera les pouvoirs « la société est alors gérée par des organes dont la situation doit être plus stable que celle de mandataires » (2).

101. Les fonctions que peut et doit remplir l'organe lui confèrent une initiative qui n'est pas de l'essence du contrat de mandat et lui octroient des pouvoirs autonomes.

La réalité économique enseigne que les dirigeants sociaux se sont taillé une place prépondérante dans le cours de la vie sociale, et que la rupture d'égalité joue aujourd'hui à leur exclusif profit ; d'autre part, l'introduction dans notre droit de concepts déjà anciens et connus des législations européennes peut parfaitement inciter le législateur à instaurer le « Führerprinzip » connu du droit allemand, et à retirer aux assemblées leurs fonctions de souveraineté théorique, issue de la conception démocratique et égalitaire ayant présidé à l'élaboration en France du droit des sociétés (3).

(1) Claude BERR, *op. cit.*, p. 13.

(2) Claude BERR, *op. cit.*, p. 22. D'ailleurs M. Berr englobe à la fois la fonction et son titulaire dans sa conception de la stabilité : cette opinion pourrait être nuancée.

(3) LAGARDE, *Travaux de la commission de réforme*, t. II, p. 356 ; TUNC, Dalloz, 1952, Chron. p. 73.

Enfin, un précédent doit être cité, celui qui concerne les commissaires aux comptes : une évolution doctrinale et jurisprudentielle a constaté le caractère organique de leurs fonctions, et permis de consacrer une irrévocabilité de principe (1).

Ainsi, dès l'instant où l'on est contraint de constater avec M. Berr que « la représentation constitue bien la source d'une différenciation fondamentale entre les membres de la société » (2), et qu'il serait alors vain de parler de « souveraineté des associés », on doit se rendre compte que la rupture a joué au profit de ceux que la loi appelle encore parfois des « mandataires » (dans son art. 244 notamment).

Il paraît donc essentiel d'examiner la technique de la représentation intéressante ici en ce qu'elle peut se détacher du contrat, et partant, exclure une responsabilité de type contractuel.

L'examen des rapports découlant de la représentation révèle que toute source contractuelle peut être éliminée au sein de l'étude de la responsabilité des dirigeants sociaux (3). La confusion qui a pu régner dans les esprits sur la nature juridique du rôle des dirigeants sociaux, entre le mandat et la théorie organique vient de ce que — quelle que soit la doctrine suivie —, il naît de l'action des dirigeants de la société un droit direct au profit des tiers, droit s'analysant automatiquement en une obligation pour la personne morale.

Et que l'on admette, comme la doctrine classique que cette obligation ait été le fruit de l'exécution d'un contrat de mandat, ou que l'on considère, en vertu de la conception organiciste que la société a été partie, elle-même, au contrat, pour lequel il y a eu représentation, le résultat était identique.

Dans tous les cas, la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux se voyait exclue — du moins en ce qui concerne les tiers et sous l'angle contractuel.

Un rappel des règles de la représentation s'impose d'autant plus

(1) Paris, 26 juin 1943, D., 1954.J.151, note Ripert. Cf. aussi note Boitard, S., 1944.2.69, et note Bastian, J.C.P., 1943.II.2407, et surtout thèse GRANGER, *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, Paris, 1950.

(2) *Op. cit.*, p. 14.

(3) Il est cependant exact que sous l'empire du droit positif, les dirigeants sont responsables « soit envers les tiers, soit envers la société... soit des violations des statuts... » (cf. not. art. 245 de la loi du 24 juill. 1966, et pareillement art. 62, al. 2 des lois coordonnées belges). Et d'aucuns d'affirmer que les statuts étant le pacte social, la charte des parties, le législateur ouvre la voie à une responsabilité de type contractuel...

Néanmoins, une étude rapide des formulaires utilisés par les praticiens chargés de dresser des statuts de sociétés démontre à l'évidence que ces « contrats » reproduisent avec beaucoup de fidélité l'esprit, — sinon la lettre — de la loi, et se bornent à « habiller » de façon statutaire, donc contractuelle les obligations légales.

Il y a donc une confusion qui s'opère entre les dispositions légales et les dispositions statutaires par décalque des secondes sur les premières. Il est assez rare de trouver des clauses statutaires dérogeant ou ajoutant expressément à la loi, — et encore sont-elles d'importance mineure.

qu'il permettrait de dissocier totalement le mandat et les rapports découlant de l'organisation des sociétés commerciales.

A. — LES EFFETS DE LA REPRÉSENTATION.

102. Pour comprendre ces effets, il convient d'envisager deux hypothèses distinctes : d'une part les rapports entre la société et les tiers, — d'autre part, les rapports entre la société et ses représentants.

a) En ce qui concerne tout d'abord les rapports entre les tiers et la société, il apparaît certain que le droit des tiers à l'issue de l'opération de représentation est *un droit direct*, à l'exercice duquel la personne morale ne saurait envisager d'échapper.

Ce caractère direct étant inhérent à la représentation, faisait l'unanimité des tenants de la théorie du mandat, ainsi que de ceux de la théorie organiciste.

Quelle que soit l'explication adoptée, ce droit direct se manifeste de double façon :

— d'une part, les tiers ont une action à l'encontre du patrimoine social,

— d'autre part et en contrepartie, ils n'ont à l'égard du représentant aucune action possible, en exécution du contrat.

Si la société ne peut se soustraire à l'emprise du droit direct reconnu aux tiers à raison des engagements contractés par ses représentants, il est évident que le mandat permet d'expliquer ce phénomène, mais que la théorie de la représentation organique le permet tout aussi aisément : en effet, cette représentation obligatoire a des résultats d'autant plus percutants que les conditions qui ont présidé à la représentation ont été rigoureuses.

La société ne pourrait d'ailleurs invoquer, pour se soustraire à cet engagement, que l'acte passé par les dirigeants fut néfaste pour les intérêts de la personne morale ou même superflu et sans utilité.

103. b) Aux termes de l'article 32 du Code de commerce, les administrateurs étaient responsables de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. « Nul n'a jamais douté de la solution » (1). Il est unanimement admis en effet que le représentant ne contractant pas en son nom personnel, n'est pas tenu des dettes sociales.

Le problème se pose toutefois de manière différente dans un second stade, une fois l'obligation supportée par la société, celle-ci peut elle exercer un recours contre le gérant ou l'administrateur ?

En principe, ici, la réponse négative s'impose : le représentant, faisant partie de la société, personne morale, s'identifie à elle dans

(1) BERR, *op. cit.*, p. 43.

ses actes (1). Dès lors, « le représentant étant le moteur de la société, il est probable que parmi les décisions qu'il est appelé à prendre, certaines décisions sont moins avantageuses que d'autres, — néanmoins, la société devra supporter leur incidence : elle court un risque qui est de l'essence même de *l'affectio societatis* (2).

Par conséquent, en l'absence de faute, ou de comportement fautif, les recours de la société à l'encontre de ses représentants sont indépendants de la technique même de la représentation : la tentative qui se manifeste en droit français de faire coïncider la responsabilité des dirigeants sociaux avec le phénomène de représentation légale qu'ils assument est erronée, et c'est en cela que la notion de faute, dégagée et soulignée par la jurisprudence semble intéressante : elle permet d'éviter que la responsabilité soit le produit de la représentation. Or la volonté n'a pas besoin d'exister dans la représentation. Il s'agit d'une technique qui pourrait être qualifiée d'amorale.

Il ne faut point confondre l'opération de gestion ou d'administration, génératrice de responsabilité par son contenu, et l'acte formel de représentation, qui est nécessaire à la capacité juridique du représenté.

La société a besoin, pour vivre juridiquement, de ses organes : lorsque l'organe agit pour la société, ce n'est pas le fait qu'il agisse qui engendre sa responsabilité, mais la manière dont il agit, et le contenu de son action.

Il serait injuste de ne retenir comme source de la responsabilité qu'un acte formel — vide de contenu — et qui est indispensable à la société elle-même puisqu'il conditionne sa capacité juridique.

B. — LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION.

104. Ce qui a été indiqué plus haut trouve sa confirmation dans une phrase de M. Berr : « représenter n'est pas gérer » (3). Dès lors, la représentation ne naît pas de l'acte de gestion, mais de l'accomplissement de la fonction de gestion.

L'une des pierres d'achoppement de ce principe se retrouve dans le problème du dépassement de pouvoirs par le dirigeant social.

Nous avons vu l'état du droit antérieur à l'ordonnance du 20 décembre 1969 (4) qui a brisé les limites aux pouvoirs des dirigeants

(1) BERR, *op. cit.*, p. 44.

(2) BERR, *loc. cit.* Il semble d'ailleurs qu'une légère confusion soit ici commise, dans la mesure où *l'affectio societatis* n'est pas le propre de la personne morale, mais bien l'une des qualités que l'on doit déceler chez l'associé.

L'affectio societatis étant traditionnellement l'un des éléments spécifiques au « contrat de société », celui-ci doit se retrouver chez chacun des participants au contrat, — et ne saurait intervenir dans les rapports entre la personne morale, et ses représentants.

(3) *Op. cit.*, p. 32.

(4) Voir *supra*, p. 32 et s.

d'engager la société. Désormais, le critère de l'objet social, assimilable aux limites permanentes assignées par le mandant à son mandataire, n'entrave plus leur action.

La représentation se légalise donc et quitte définitivement le domaine du contrat : comment admettre encore qu'il puisse y avoir responsabilité contractuelle ?

La question qui se pose alors est de savoir si le droit positif favorise ou non la dualité des responsabilités, — et s'il tend à consacrer davantage la responsabilité délictuelle que la responsabilité contractuelle.

Il faut rappeler que dans ses rapports mêmes avec la société, l'administrateur encourra une responsabilité civile variant dans sa nature, à la condition toutefois qu'existe « une faute, au sens large du mot, dans sa gestion » (1).

Pour M. Gouget (2), les principes de la responsabilité varieront suivant la nature de la faute. Une remarque préalable s'impose : la responsabilité des dirigeants sociaux ne joue pas pour « les risques commerciaux » (3). Un jugement indique à juste titre qu'« il peut être posé en axiome que toute affaire commerciale ou individuelle comporte essentiellement une somme de risques susceptibles de conduire parfois à un insuccès relatif comme aussi à une ruine absolue, si bien qu'ait été comprise l'entreprise à l'origine et sans que dans ce cas, la gestion proprement dite de ses chefs puisse être incriminée à juste titre, et leur responsabilité mise en jeu » (4).

Il semble donc que doctrine et jurisprudence admettent assez facilement l'existence des deux ordres de responsabilité : contractuelle et délictuelle, dans leur principe du moins. Il reste à se demander si les conséquences de cette coexistence sont toujours tirées par les tribunaux, ou si en réalité certaines règles particulières à chacune d'elles supplantent les autres.

SECTION III

LA JURISPRUDENCE ET LA DISTINCTION DES RESPONSABILITÉS DÉLICTEUELLE ET CONTRACTUELLE

105. Une question domine le débat : la jurisprudence applique-t-elle systématiquement les règles de la responsabilité contractuelle dans les rapports entre la société et ses dirigeants, et inversement

(1) Charles GOUGET, *La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes*, thèse Paris, 1943, p. 41.

(2) *Loc. cit.*

(3) FASSIER, thèse précitée, p. 14.

(4) Trib. com. Bordeaux, 16 nov. 1905, *Journ. soc.*, 1905, p. 436.

les règles de la responsabilité délictuelle entre tiers et actionnaires et dirigeants ?

La réponse doit être très nuancée. Elle permettrait de prouver que par un choix entre les effets des deux responsabilités, les tribunaux ont élaboré un système hybride, mais où les règles délictuelles se réservent une place de choix. Pour le vérifier, il faut analyser successivement les différences fondamentales et les différences accessoires entre les deux types de responsabilité.

§ 1. — La jurisprudence et les différences fondamentales

Malgré l'unité d'ensemble des deux responsabilités, il est admis par la doctrine qu'elles diffèrent sur deux points « dont l'importance pratique est de premier plan : la notion de faute, la charge de la preuve » (1).

A. — LA FAUTE.

106. En matière de responsabilité délictuelle, la faute est la clé de voûte du système. Elle est essentiellement fonction de la préexistence d'une « obligation légale, innomée, sous-entendue, dont la loi ordonne la réparation » (2), quand sa violation, volontaire ou non, cause à autrui un dommage.

L'idée de faute, « prise en elle-même, est donc extrêmement simple, et elle est dans une relation nécessaire avec l'idée d'obligation » (3) « une personne ne peut être en faute, si elle n'était tenue de rien avant l'acte qu'on lui reproche... la question de savoir si l'agent a commis une faute avec ou sans intention de nuire est en principe indifférente ».

On en déduit, cherchant à appliquer les termes des articles 1382 et 1383 du Code civil, « que la loi nous interdit d'être maladroits, comme elle nous défend d'être malhonnêtes » (4).

Telle serait donc l'obligation préexistante à l'idée de faute dans la responsabilité délictuelle.

Cette définition de la faute est trop impersonnelle pour convenir à l'activité de dirigeants de sociétés commerciales. Il aurait été bien inutile de souligner l'importance de la notion de profession, pour se contenter ensuite de « l'obligation innomée » incombant à toute personne, quelle que soit la nature de son activité. Ainsi, la responsabilité délictuelle, présente en la matière une orientation spécifique.

(1) H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, p. 320. Ces auteurs sont d'ailleurs hostiles à une différenciation aussi nette des deux responsabilités.

(2) GOUGET, *op. cit.*, p. 43.

(3) PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 863.

(4) GOUGET, *op. cit.*, p. 48.

Une ultime observation est à retenir : la faute délictuelle, même légère, engagera : elle le fera toujours. Aborder ce problème revient à quitter le domaine de la responsabilité délictuelle.

107. Il devrait être aisé pour les tribunaux d'isoler la faute délictuelle de la faute contractuelle, et de les différencier totalement. En effet, la faute contractuelle est constituée par le fait de ne pas exécuter, ou de mal exécuter les prestations découlant du contrat liant les parties.

Dès lors, une scission semble s'imposer entre l'obligation d'exécuter un engagement conventionnel, — et celle, préalable à tout comportement, de n'être ni maladroit, ni malhonnête.

En matière contractuelle, et sauf exceptions légales, le débiteur n'est responsable que des fautes présentant un certain caractère de gravité, — alors qu'une matière délictuelle, toute distinction s'efface quant à la gravité du manquement invoqué, car « l'obligation légale sanctionnée par les articles 1382 et 1383 du Code civil, est un devoir d'abstention forcément plus strict que les obligations de faire qui constituent la majorité des obligations conventionnelles » (1).

En matière contractuelle, la distinction tripartite avait été élaborée entre la faute lourde, légère, et très légère, l'une ou l'autre étant exigée selon les cas, alors qu'en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, la doctrine ancienne avait tiré d'un texte romain, la *Lex Aquilia*, l'idée que la faute la plus légère suffit à engager (2).

Malgré l'accueil favorable de l'ancienne doctrine, les rédacteurs du Code civil, en rédigeant l'article 1137, abandonnèrent la distinction tripartite.

Elle est cependant restée ancrée dans la jurisprudence, et tout particulièrement en matière médicale.

Pour soustraire les médecins et chirurgiens aux actions intempestives en responsabilité que dirigeaient contre eux leurs clients, les tribunaux avaient posé la nécessité de la faute lourde. Tant la distinction de la faute lourde et de la faute légère, que la distinction tripartite sont aujourd'hui combattues par les juridictions et les auteurs (3).

(1) Cette obligation d'abstention s'analyse, selon Planiol et Ripert (t. II, n° 865) en une abstention de violence envers toute personne, une abstention de toute fraude (encore que le législateur de 1807 n'ait pas prévu dans son article 1382 que le fait de l'homme devait être illicite pour engager son auteur), et l'abstention de commettre tout acte exigeant une certaine habileté, que l'on ne possède pas au degré voulu.

(2) En faveur de la distinction tripartite : POTHIER (reprenant *In lege Aquilia et levissima culpa venit*) ; COLIN et CAPITANT par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, t. II, n° 1255 ; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, n° 111 ; Cass. req., 21 janv. 1890, D., 1891.1.380 ; Cass. civ., 11 janv. 1922, D., 1922.1.16.

(3) Voir not. MM. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, nos 378, 394, 462, t. II ; Cass. civ. 1^{re}, Civ., 30 oct. 1963, *Gaz. Pal.*, 1964.1.8.

De surcroît, le droit des sociétés, qui unifie allègrement la notion de faute, unifie également responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, puisqu'il prohibe les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, et ce depuis 1937. Il ôte ainsi à la responsabilité contractuelle l'une de ses plus grandes particularités (1).

L'intérêt de la distinction se trouve ruiné dès lors que dans les effets principaux, la loi modifie elle-même le régime de la limitation de la responsabilité. L'étude de la charge de la preuve complète cette analyse des différences fondamentales.

B. — LA PREUVE.

108. Traditionnellement, une certaine doctrine distinguait les deux types de responsabilités en indiquant que si l'article 1382 du Code civil obligeait le créancier à prouver la faute, en revanche, la faute contractuelle était présumée, puisqu'elle résultait de la seule inexécution ou de la mauvaise exécution de l'obligation.

Peut-on dire que le droit des sociétés tranche aussi abruptement la question ? Il n'en est rien, pour deux raisons.

D'abord, il existe au sein des deux types de responsabilité des fautes à prouver, et des fautes présumées : l'article 1382 du Code civil a un complément qui est l'article 1384, — tandis que l'article 1137 du Code civil a un pendant qui est l'article 1147. La théorie générale de la responsabilité vide donc de sa substance cette prétendue différence.

Ensuite, parce que même au sein des rapports entre la société et ses dirigeants, — domaine d'élection des tenants de la thèse du contrat — la société doit prouver la faute de ces organes. Le droit positif ne fait donc pas application des conséquences logiques de la responsabilité contractuelle.

Certains auteurs, cependant, ont invoqué la présomption de faute que l'on retrouverait dans le cas de liquidation de biens ou de règlement judiciaire de l'entreprise, à l'encontre des dirigeants sociaux de toute sorte (2), directs ou indirects, de fait ou de droit, en fonction au jour de la cessation de paiements. Il faut encore qu'il y ait insuffisance d'actif, pour que joue cette présomption.

Ces auteurs en déduisent que les dirigeants, ne pouvant s'exonérer qu'en prouvant avoir agi avec la diligence nécessaire (3), on est

(1) Voir *supra*, p. 27 et s.

(2) Article 99 de la loi du 13 juillet 1967. Reprenant d'ailleurs les textes de 1940 sur la société anonyme, et de 1953 sur la société à responsabilité limitée.

(3) Il faut signaler que l'un des arguments de ces auteurs a disparu du fait de la loi elle-même : elle a supprimé le terme de « mandataire salarié » dans l'exigence de la diligence requise pour s'exonérer des actions intentées par le syndic, pour le remplacer par « diligence nécessaire ». La responsabilité légale gagne ainsi du terrain.

en présence — quant à la technique de la preuve, au moins — d'une responsabilité contractuelle.

Cette prétention ne résiste pas à l'examen : d'une part, cette présomption s'applique même aux dirigeants de fait, occultes ou non. Comment en déduire l'existence d'une responsabilité contractuelle ?

D'autre part, sans anticiper sur ce problème, que nous verrons plus en détail, dans la seconde partie de cet ouvrage, dans le cadre des actions en responsabilité, il suffit de rappeler pour l'instant que l'opinion dominante est ici qu'il s'agit d'une responsabilité légale, dont certaines conditions restrictivement prévues par le législateur, doivent être réunies (1).

Il ne suffit pas d'invoquer l'existence d'une présomption, légale au surplus, pour appliquer aux dirigeants sociaux les règles d'une responsabilité contractuelle déjà bien modifiée par les textes impératifs qui se sont succédé.

Les tenants de l'analyse contractuelle ne sont pas plus heureux avec les différences accessoires.

§ 2. — La jurisprudence et les différences accessoires

109. Les différences s'estompent ici encore. L'étendue de la réparation nous retiendra davantage que les problèmes de compétence ou de prescription.

En matière contractuelle, le fait pour un débiteur de ne pas exécuter, ou de mal exécuter son obligation conventionnelle permet au créancier d'obtenir des dommages-intérêts, ce qui signifie un équivalent en argent à l'intérêt pris en considération par le contractant, lorsqu'il espérait une exécution correcte de la convention par le débiteur de l'obligation.

Ces dommages-intérêts peuvent se scinder en deux catégories : ou bien ils ont vocation à se substituer à la prestation qui ne peut plus être fournie : ils compensent alors le préjudice subi ; ou bien, s'agissant d'obligations susceptibles d'être encore exécutées, malgré l'écoulement du délai prévu pour cette exécution, ils compensent le retard, et sont dits « moratoires ». Dans ce dernier cas, ils s'agglomèrent à la prestation qui sera fournie, et se cumuleront avec elle. On ne les retrouve pas en droit des sociétés.

On y retrouve encore moins la réparation du seul dommage « prévisible », particulier à la seule responsabilité contractuelle.

La solidarité n'apporte pas plus d'eau au moulin des tenants de la thèse contractuelle (2).

D'autre part, l'examen des règles de la responsabilité contractuelle

(1) Voir note J. P. Berdah sous Aix, 21 avr. 1971, D.S., 1972, p. 162 et s.

(2) Voir *infra*, 2^e partie, sous-titre 1^{er}, Chap. IV.

révèle encore que traditionnellement, la mise en demeure n'est pas exigée lorsque sont réclamés des dommages intérêts compensatoires, du moins en cas de refus d'exécution ou de faute du débiteur.

En tout état de cause, le mode d'indemnisation retenu quel que soit l'état d'inexécution de la convention, est l'évaluation d'une somme d'argent, — et cela même si l'obligation inexécutée était une obligation de faire.

Il faut pour cela la réunion de deux conditions : l'existence d'une mise en demeure d'abord, — l'existence d'un préjudice causé au créancier d'autre part, imputable au débiteur (1).

Cette imputabilité se dissout lorsque survient une cause étrangère, c'est-à-dire le cas fortuit ou la force majeure : hormis ces deux hypothèses, seront retenus à la charge du débiteur le dol ou la faute. La faute est alors entendue comme tout manquement, même par simple imprudence ou négligence mais sans interruption malicieuse de l'obligé, dans l'exécution de son obligation.

Seule l'intervention du dol aggrave l'étendue de la réparation : au *damnum emergens*, au *lucrum cessans* seuls réparés parce que seuls prévus au contrat (2) s'ajouteront des dommages imprévus. Or c'est le droit commun en matière délictuelle.

Pour certains auteurs (3) l'admission de la nature institutionnelle de la responsabilité des organes permettrait « d'admettre plus largement la réparation du préjudice moral ».

Sans s'attarder plus avant, et rappelant que la prescription et la solidarité seront étudiées plus loin (4) dans le cadre particulier de l'action sociale, rien n'impose en réalité le maintien de l'analyse d'une responsabilité contractuelle.

L'étude même des règles de la responsabilité des dirigeants sociaux nous fournira d'utiles indications, puisque le thème en sera la recherche d'un système unitaire de responsabilité de type légal.

C'est quitter la première partie, pour commencer l'étude de la seconde partie.

(1) Art. 1147, C. civ.

(2) Art. 1150 et 1151, C. civ.

(3) LÉGAL et BRÊTHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.*, p. 358. Voir égal. M. GRANGER, *op. cit.*, p. 317 : « cette extension ne sera pas cependant susceptible de jouer souvent, dans les sociétés par actions : ces dernières n'agitent guère que des intérêts patrimoniaux. Cp. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 34. « Ces personnes dites morales n'ont pas de vie morale ».

(4) Voir *infra*, II^e partie, sous-titre 1^{er}, Chap. I^{er}, Sect. 3.

DEUXIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

(à la recherche d'un système
unitaire de responsabilité
de type légal)

INTRODUCTION

110. Malgré les efforts soutenus dans la première partie pour tenter d'éliminer l'idée contractuelle du mandat dans l'analyse juridique des fonctions des dirigeants, tout n'est pas terminé. Il reste à extirper des habitudes jurisprudentielles le recours injustifié à cette notion, dans le cadre des rapports contentieux, — c'est-à-dire essentiellement celui de la responsabilité civile.

Pourquoi préciser « civile » ? La responsabilité pénale a subi une véritable « inflation » (1), et partant, elle a besoin davantage de comptes rendus que d'analyses, comme tous les droits légalisés à l'extrême.

Le sous-titre de cette seconde partie démontre clairement son idée directrice : que ce soit à propos de l'étude du régime juridique des actions en responsabilité, ou à propos du domaine de la responsabilité, à travers l'analyse critique, il faudra ouvrir la voie à une construction positive. Il s'agira d'abord de démontrer que peu de choses s'opposent à un régime unitaire de responsabilité, en démontrant qu'il s'agit de la conséquence de l'analyse des fonctions des dirigeants sociaux.

Il s'agira ensuite de dresser un catalogue des causes de responsabilité, en les dépouillant de toute origine contractuelle, ce qui ne présente qu'une faible difficulté.

Un titre premier sera consacré à l'étude des actions en responsabilité, — tandis qu'un titre second traitera du domaine de la responsabilité.

(1) D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 13, n° 19. TOUFFAIT et HERZOG, « Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés », *Rev. sc. crim.*, 1967, p. 777. — TOUFFAIT, *Délit et sanctions dans les sociétés*, 2^e éd., Sirey, 1973.

TITRE I

LE RÉGIME JURIDIQUE DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ

111. Les actions en responsabilité ont subi une diversification fondée à l'origine sur la considération qu'il existait un contrat entre société et administrateurs : à une multiplicité des situations juridiques, correspondait une multiplication des recours.

Cette croyance a surtout joué dans le cadre d'actions intentées alors que la société était encore *in bonis* : sitôt qu'une procédure de concours était ouverte, la législation spéciale de la « faillite » reprenait son autonomie, et l'existence d'un contrat entre la société et ses organes perdait tout écho.

C'est dire que ce titre premier traitera d'abord de la responsabilité des dirigeants *sans défaillance de l'entreprise*, puis, de la mise en jeu de cette responsabilité *en cas de défaillance* de l'entreprise.

Au sein du sous-titre premier, un système cohérent recouvre en effet les diverses sortes d'actions que l'on trouve consacrées par la loi et la jurisprudence.

Ce problème ne se pose pas dans le sous-titre second, où les règles de l'action en responsabilité sont plus objectives, plus impératives aussi.

SOUS-TITRE I

LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS SANS DÉFAILLANCE DE LA SOCIÉTÉ

112. Il faut projeter dans le droit positif le résultat des analyses doctrinales qui ont précédé. Il faut traduire en termes de responsabilité les constatations tirées de l'examen des fonctions des dirigeants sociaux.

Cela est d'autant plus nécessaire que si l'on parle de responsabilité des dirigeants sociaux, on trouve en revanche une pluralité d'actions en responsabilité, différentes selon la personne qui les met en mouvement, ou le but recherché, ou encore le fondement de l'action.

C'est-à-dire qu'ici, plus qu'ailleurs, un effort d'unification s'impose. Il s'impose d'autant qu'il règne une frange d'incertitude au sein du droit positif, quant à la délimitation du contractuel et du délictuel, qui se traduit par des contradictions et des hésitations.

Nous verrons dans une introduction en quoi consistent ces hésitations, puis, examinant successivement en trois chapitres les diverses actions en responsabilité, nous tenterons d'insister plus sur leur unité que sur leurs particularités.

Introduction

Chapitre I. — **L'action sociale quitte le domaine de la responsabilité contractuelle.**

Chapitre II. — **L'action individuelle, source de responsabilité légale.**

Chapitre III. — **L'action sociale « ut singuli », action légale minoritaire.**

INTRODUCTION

113. Il importe de considérer l'application par la jurisprudence des règles qu'elle édicte, relativement à la coexistence des principes de la responsabilité contractuelle et délictuelle sur la personne des dirigeants.

La scission entre ces deux systèmes apparaît en droit civil naturel, et si ces deux responsabilités ont une unité d'ensemble, elles témoignent en revanche d'une dualité quant à la technique juridique.

Ce dyptique s'applique-t-il avec toute sa netteté au droit des sociétés ? Il serait hasardeux de le prétendre, pour des raisons spécifiques au fonctionnement des sociétés commerciales.

En droit commun, il est généralement assez simple de déterminer l'origine, et les caractères de l'acte fautif. Il existe une sorte de causalité immédiate, qui fait que le dommage se révèle, en son principe du moins, au même moment, que l'acte dont il découle. Un phénomène de « distanciation » se produit en revanche au sein du droit des sociétés pour apprécier le comportement d'un dirigeant, dont, la dilution des responsabilités aidant, l'incidence sur la vie sociale ne sera découverte que postérieurement.

« A moins qu'ils ne constituent la violation d'une disposition précise de la loi ou des statuts, il est le plus souvent difficile de les apprécier (les faits reprochés aux dirigeants) et d'en juger les conséquences, mêlés qu'ils sont à un grand nombre d'autres facteurs mouvants qui ont influé sur le destin de la société » (1).

Pour M. Tunc, encore, il est une idée complémentaire de la précédente : « si une faute de circulation entraîne rarement un dommage (un piéton passe des milliers de fois hors des passages protégés avant de causer un accident), la faute de l'organe d'une société nuit presque nécessairement à celle-ci ou aux actionnaires, qu'elle leur cause une perte ou un manque à gagner » (2).

M. Tunc observe enfin qu'il est « trop aisé d'être sage après les faits, et de juger les faits à la lumière d'évolutions qui au moment de la décision étaient purement conjecturales » (3).

Le résultat des constatations générales qui précèdent devrait

(1) TUNC, *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XV, p. 27.

(2) *Loc. cit.*, p. 43.

(3) *Loc. cit.*, p. 27.

être d'obliger les magistrats chargés de statuer à exiger une faute « caractérisée » (1). Ces observations sont confirmées par la plupart des auteurs, les juristes allemands surtout s'étant préoccupés de la question de causalité. Il est apparu en effet qu'une appréciation devait être faite, lorsqu'un dommage était la résultante de plusieurs fautes inextricablement mêlées. Ne doit-on pas tenir compte à ce moment d'une éventuelle « faute de la victime », de sa participation directe ou indirecte au dommage qu'elle subit ?

114. Déjà, en droit commun, la ventilation est difficile, que l'on tienne compte de la *causa proxima* (celle qui a été la plus voisine de l'acte dommageable) — ou que l'on admette un concours des fautes dans la participation au résultat, en vertu de la théorie de la causalité adéquate (2).

Si la faute peut être raccordée tant à l'auteur de l'acte dommageable qu'à la victime de cet acte, il faudra opérer une ventilation entre les causes, chaque partie prenant à sa charge, suivant les conséquences de son comportement, une partie du dommage ; deux facteurs seront déterminants : l'application des lois de causalité, et de façon plus pratique, la gravité des faits imputables à chacune des parties.

Ne tenir compte que de la responsabilité du seul dirigeant social, n'est-ce pas conférer *a contrario* une sorte de présomption d'impeccabilité aux décisions de la société, ou de l'assemblée, concrétisées dans des votes successifs au cours de la gestion de l'organe mis en accusation ? En d'autres termes, hormis le cas d'une personne morale au sein de laquelle les dirigeants ne provoquent aucune consultation pendant leur temps de gestion, ne peut-on décider que les votes de décisions soumises à l'approbation de l'assemblée et relatives à l'activité des organes de direction, constituent également l'un des facteurs de causalité de la situation de la société ?

Un « vote de confiance », pour utiliser une terminologie empruntée aux institutions politiques, intervenu en cours de gestion, ne pourrait-il atténuer la responsabilité de l'auteur de l'acte dommageable, à raison de la participation de la « victime » (3) ?

Il échet de préciser que les hypothèses envisagées précédemment

(1) ESCARRA et RAULT, t. IV, n° 1572.

(2) Voir essentiellement la théorie de l'équivalence des conditions de Von Buri, et la théorie de la causalité adéquate (Von Kries) cités tous deux par MM. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, p. 523, § 566. — Citons enfin la théorie de la « causalité efficiente défendue par la doctrine moderne », qui laisse à la jurisprudence sa liberté de décision, alors que l'équivalence des conditions ne lui permettait de faire aucun départ entre les différents événements sans lesquels le dommage ne se serait pas réalisé.

(3) Cass. com., 26 nov. 1956, *Bull. cass.*, 1956.3.262.

n'englobent pas évidemment le vote d'un quitus, dont l'inefficacité est unanimement admise aujourd'hui (1).

De nombreuses sources d'hésitations vont s'opposer à ce que les tribunaux adoptent une attitude parfaitement limpide : il en résultera de nombreuses confusions sur lesquelles il y aurait lieu de s'attarder. Les auteurs soulignent d'ailleurs avec un remarquable accord la confusion qui se dégage des décisions jurisprudentielles, tant la frontière entre le contractuel et le délictuel, le médiat et l'immédiat apparaît difficile à cerner.

Dans un autre domaine, celui des contrôleurs de gestion, M. Granger affirme : « à vrai dire, la nature contractuelle de la responsabilité des commissaires envers les actionnaires n'apparaît pas toujours clairement, au moins dans les motifs des décisions judiciaires. La grande majorité de ces dernières se réfèrent à l'article 1992 du Code civil, mais d'autres invoquent les articles 1382 du Code civil, et certains pour plus de sécurité, font appel à la fois aux deux séries de textes » (2).

Et chacun d'ajouter que le régime de la responsabilité civile des dirigeants sociaux envers les actionnaires se trouve compliqué par le fait de l'existence de la personne morale de la société (3).

Citons enfin l'opinion de M. Noirel, pour lequel « l'exercice des actions en responsabilité, avec la triple distinction de l'action sociale exercée *ut singuli*, de l'action sociale exercée *ut universi*, et de l'action individuelle, soulève de délicats problèmes de classification, et la jurisprudence en la matière est remarquable, surtout par sa confusion. La doctrine elle-même, qui déplore cette confusion, n'est pas encore parvenue à dégager un critère de distinction absolument satisfaisant » (4).

Certes, ces obscurités étaient fonction du résultat à atteindre, et le pragmatisme semble avoir été la méthode la plus utilisée par les tribunaux. Mais indépendamment des résultats escomptés, un problème technique se posait, souligné par M. Hamel : « Est-il toujours possible en ces matières de distinguer la faute contractuelle et la faute délictuelle ? Il semble que non, l'une et l'autre s'enchevêtrent le plus souvent, et le mandataire sans scrupule a toujours commis quelque délit » (5).

(1) Lyon, 25 juill. 1936, S., 1937.2.68 ; Trib. com. Seine, 27 mai 1935, S., 1935.2.146, note Rousseau, en ce qui concerne la jurisprudence antérieure au décret-loi du 31 août 1937. Voir *supra*, p. 31 et 32.

(2) La situation est identique en ce qui concerne les dirigeants de sociétés : GRANGER, *op. cit.*, p. 318. Voir aussi : Metz, 14 août 1867, D. 1867.2.178, et Cass., 20 janv. 1902, D., 1904.1.141.

(3) GRANGER, *op. cit.*, p. 318. Cf. également YAMULKI, *op. cit.*, p. 300 ; RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 1933, p. 57 et s.

(4) NOIREL, *op. cit.*, p. 205, p. 296.

(5) « La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes », *Rev. soc.*, 1923, p. 132.

115. Il semble donc que le problème de la preuve ait pesé particulièrement lourd dans les solutions proposées par les tribunaux, et plus encore dans les tentatives de classification amorcées par la doctrine. « Au surplus, il est aisé de constater que la preuve de la faute est plus ou moins facile à rapporter, non pas tant suivant la nature de la responsabilité mise en jeu : contractuelle ou délictuelle, mais bien plutôt suivant le caractère précis ou vague, indéterminé de l'obligation dont on invoque la violation, qu'il s'agisse d'une obligation légale (faute délictuelle) ou d'une obligation conventionnelle » (faute contractuelle).

Ripert souligne que, si la conception contractuelle lui apparaît périmee, la qualité de représentants légaux des membres du conseil d'administration (ou du directoire) impliquant selon lui l'existence d'obligations mises à leur charge par la loi, en revanche, quant à la preuve, tout se passe comme si leur incombait une responsabilité contractuelle. « Seulement, c'est dans de semblables applications qu'on aperçoit la vanité de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Seuls les représentants de la société ou le syndic de la faillite pourraient invoquer la responsabilité contractuelle, et pour le même fait, les actionnaires ou les tiers ne pourraient exercer qu'une action en responsabilité délictuelle.

Et Ripert de conclure : « il ne sert donc à rien d'invoquer l'existence d'une obligation qui aurait été violée : il faut prouver la faute » (1).

Cette idée est reprise par MM. Planiol et Ripert (2) pour lesquels : « la différence qu'on signale entre ces deux catégories d'obligations dans le fardeau de la preuve existe donc bien réellement, mais on a tort de la faire d'après la nature contractuelle ou légale des obligations : elle tient à la nature positive ou négative de leur objet ».

C'est assez dire qu'il est peu surprenant de trouver des décisions curieuses : « lorsqu'un ouvrier embauché par les administrateurs d'une société minière pour l'exploitation d'un placier, situé dans un pays dont ils connaissaient l'insalubrité, et éloigné de toute habitation, sous la promesse de lui fournir un logement, la nourriture et les soins médicaux, y a trouvé un logement malsain, en l'absence de tout service de santé, et y est mort sans qu'aucun remède lui ait été donné, les juges du fond peuvent décider à bon droit que ces faits constituent une faute... et les juges peuvent, dans ce cas, prononcer une condamnation solidaire à des dommages-intérêts contre la société, et contre l'un des administrateurs, qui à l'époque des faits incriminés, s'occupait spécialement de l'administration du placier... cette action découlant de fautes graves commises dans l'exécution d'un contrat de louage de services » (3).

(1) *Ibid.*

(2) *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 889.

(3) Cass., 20 janv. 1902, D., 1904.1.141.

Il est donc aisé de constater que le désordre régnant au sein des décisions contradictoires, provient en droite ligne de la recherche systématique de la nature contractuelle ou délictuelle de la faute reprochée aux administrateurs ou autres dirigeants sociaux.

116. La conception institutionnelle de la faute des organes, qui doit toujours être recherchée, devrait trouver une application fréquente dans les sociétés par actions, essentiellement. La faute des organes étant appréciée plus unitairement, avec la rigueur de l'abstraction.

C'est justement cette distinction élaborée à propos des diverses actions en responsabilité par certains auteurs, et retenue en grande partie par la jurisprudence, qui fausse aujourd'hui le débat, en continuant à imposer la recherche d'une catégorie de faute, pour lui subordonner un type déterminé d'action : nous voulons parler de la distinction entre les actions sociales, les actions individuelles, et les actions sociales exercées *ut singuli*.

Il apparaît, bien que la formulation soit pour le moment encore brutale, et mérite davantage de nuances, que pour une doctrine généralement admise, l'action sociale issue du contrat de mandat que l'on s'est plu à voir au sein de la société, tendait à réparer une faute contractuelle, issue de la mauvaise exécution ou de l'inexécution du mandat par les dirigeants sociaux.

En contrepartie, l'action individuelle, accordée à l'associé ou actionnaire, pour la réparation d'un préjudice personnel et distinct du préjudice social, tendait à réparer le préjudice causé par une faute délictuelle.

Déjà, cette distinction, pourtant d'apparence lumineuse, se trouvait entachée de confusion, lorsque fut recherchée la nature des actions sociales dites *ut singuli*.

Et pourtant, il n'est pas inéluctable de fonder l'une quelconque de ces actions sur une responsabilité contractuelle, et l'explication de la faute délictuelle se révèle suffisante pour englober toutes les voies ouvertes pour obtenir la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants sociaux (1).

Si cette affirmation ne souffre pas en principe de contestation, dans le cas de l'action individuelle, en revanche, elle supposera quelques explications plus vigoureuses, s'agissant de l'action sociale exercée *ut universi* et *ut singuli*.

Il faut examiner dans un chapitre premier l'action sociale, puis, dans un chapitre second l'action individuelle, et enfin l'action sociale exercée *ut singuli*. Ces trois actions tendent à sanctionner une responsabilité légale, et leurs conditions d'application sont légales : la confusion devrait disparaître... ce sera notre ambition.

(1) R. A. LACAN, *Le Monde*, 28 août 1970, p. 19.

CHAPITRE I

L'ACTION SOCIALE QUITTE LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

117. Une telle affirmation pourrait prêter à discussion, elle demeure cependant vérifiable. Il faut considérer pour cela le point de départ, et l'état actuel du droit positif.

A l'origine il s'agit d'une action que peut tenter seule la société, représentée par ses organes, à l'encontre de ses dirigeants — qualifiés de mandataires par la doctrine classique, — en réparation des fautes accomplies justement dans l'exercice du mandat.

L'aboutissement de l'action sociale exercée *ut universi* dans le droit positif démontre à l'évidence que tant dans son fondement, que dans sa technique, ou ses effets, l'action sociale *ut universi* quitte le domaine du contrat, et partant de la responsabilité contractuelle.

Trois sections suivront, relatives au fondement, à la technique et aux effets de cette action.

Section I. — Le fondement de l'action sociale.

Section II. — L'exclusion des techniques contractuelles.

Section III. — Les facteurs d'unité des responsabilités contractuelle et légale.

SECTION I

LE FONDEMENT DE L'ACTION SOCIALE

118. Il est unanimement admis que la collectivité des associés, que la personne morale, dispose de l'action sociale pour faire sanctionner les atteintes portées à ses intérêts, du chef des agissements des dirigeants sociaux.

Cette action doit en principe être exercée par les représentants de la société : on dit alors qu'ils l'intendent *ut universi*. Cette terminologie a fait l'objet de critiques sévères.

Un arrêt ancien (1) décidait que l'action était sociale lorsqu'elle provenait d'une faute commise par les administrateurs dans l'exercice de leur mandat, et qu'elle tendait à la réparation d'un préjudice subi par la société tout entière. En effet, mandataires de la société, les administrateurs sont tout d'abord responsables vis-à-vis de leur mandant, personne juridique distincte des actionnaires... Il s'agit là d'une *actio mandati* au sens large du terme, dont l'exercice appartient avant tout à la société mandante (2).

Ainsi, quel que soit le critère retenu pour qualifier l'action de « sociale », il ne fait de doute pour aucune décision jurisprudentielle que c'est en sa qualité de mandante qu'agit la personne morale, en exerçant l'action sociale.

La doctrine cependant a tenté de proposer divers critères pour distinguer cette action, sans écarter jamais toutefois, l'exécution du contrat de mandat par les administrateurs. Deux explications ont retenu l'attention de la doctrine : le critère tiré de la qualité du demandeur, et le critère tiré de la nature de la faute.

§ 1. — Le critère tiré de la qualité du préjudice

119. La première distinction doit être rattachée à un arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1912, et surtout à l'appréciation qu'en fit Thaller (3). Aux termes de cet arrêt, en effet : « attendu qu'il résulte de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 que la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes à raison de leur gestion donne suivant les cas, ouverture à une double action : l'action sociale et l'action individuelle, — que la première a sa base dans un préjudice qui atteint la société tout entière, c'est-à-dire la collectivité des actionnaires et des créanciers ; qu'elle tend au maintien ou à la reconstitution du fonds social ; qu'elle est en conséquence épuisée par l'exercice qu'en font les représentants légaux de la société ; que la seconde a pour objet la réparation d'un dommage personnel à chaque intéressé, indépendamment de celui souffert par la collectivité ; qu'elle peut exister concurremment avec l'action sociale, et être poursuivie même après que celle-ci est épuisée par l'usage qu'en a fait le syndic... ».

Cette théorie a été suivie par une grande partie de la doctrine (4),

(1) Voir not. BOISTEL, note sous Lyon, 28 janv. 1890, D.P., 1890.2.33.

(2) YAMULKI, *op. cit.*, p. 226 et s. Cf. égal. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 1933, p. 136.

(3) D.P., 1913.1.377.

(4) THALLER, note sous Civ., 26 nov. 1912, précitée ; ESCARRA, *Cours de droit commercial*, 1952, n° 809 ; MAZEAUD, conclusions sous Lyon, 20 févr. 1920 ; *Journ. soc.*, 1921.163 ; J. MICHEL, note sous Civ., 26 nov. 1912, précité ; *Rec. jur. soc.*, 1914.19 ; PLAISANT, *Distinction de l'action individuelle et de l'action sociale*, note S., 1947.1.45 ; DECUGIS, *Journ. soc.*, 1914.337 et s. ; *Action sociale et action individuelle* ; LESCOT, note sous Cass. com., 4 août 1952, J.C.P., 1952.II.7180.

et par une jurisprudence encore récente (1). Son particularisme est d'axer la division entre l'action sociale et l'action individuelle *sur la qualité du préjudice* et sur son champ d'application, — mais cela sans pour autant rejeter formellement les liens contractuels unissant la société à ses dirigeants : l'arrêt précité du 28 novembre 1912 donnait notamment lieu à cette observation : « dans l'espèce, un administrateur de sociétés anonymes avait, par sa gestion maladroite et infidèle, fait périlcliter la société, et celle-ci avait dû déposer son bilan. Tout administrateur doit être déclaré responsable des pertes qu'il a fait subir au fonds social, et même des bénéfices qu'il a empêché la société de réaliser. C'est là une des conséquences du mandat dont il est investi. Ce mandat en effet lui a été donné par l'ensemble des actionnaires, par la collectivité sociale. C'est aussi à la collectivité qu'il a des comptes à rendre » (2).

Cette partie de la doctrine admettait bien évidemment que les fautes découlant de la mauvaise exécution ou de l'inexécution du mandat conféré aux représentants légaux ne devaient être sanctionnées qu'au profit de la mandante, c'est-à-dire la société.

En réalité, ce n'est pas la cause du préjudice qui importe, mais *la nature directe ou indirecte de ce préjudice par rapport à la partie plaignante* qui conditionne les caractères juridiques de l'action. Cette vision des choses se révèle exacte si l'on admet que doit être écartée la considération que ce sont des fautes contractuelles ou délictuelles, qui ont occasionné le dommage : la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle gagnerait en netteté d'avoir une cause unique, mais un champ d'application diffèrent.

Adopter une telle conception se révèle périlleux, aux yeux des tenants de la seconde théorie : pour ces derniers, en effet seule la nature de la cause génératrice de l'action importe.

§ 2. — Critère tiré de la nature de la faute

120. Pour cette seconde thèse, il ne fait aucun doute que c'est l'origine contractuelle ou délictuelle de la faute qui conditionne le clivage entre les deux sortes d'actions.

Pour ses tenants, il faut donc rechercher « de manière plus juridique » (3) le criterium de la distinction non dans l'étendue plus ou moins grande du préjudice, mais dans la cause génératrice de la

(1) Orléans, 20 mars 1884, D.P., 1886.2 85 ; Paris, 6 mai 1885, D.P., 1886.2.25. Voir décision citée par GOIRAND, *Traité des sociétés par actions*, t. 5, 594 et s. ; Cass. civ., 30 mars 1909, D.P., 1913.1.174 ; Cass. com., 4 août 1952, D., 1953, S., 1953.1.98 et la note. Montpellier, 3 déc. 1964, D.S., 1965.264 et la note.

(2) THALLER, note précitée, Voir égal. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité des sociétés*, nos 827 et s. ; LACOUR, *Précis de droit commercial*, n° 613 ; BOURCART, « De la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle », in *Documents du congrès juridique international des sociétés par actions*, Bruxelles, 1910.1.207.

(3) LACOUR, note sous Paris, 19 févr. 1897, D.P., 1898.2.153.

responsabilité des administrateurs : « s'agit-il de mettre en jeu leur responsabilité contractuelle, d'exercer l'action de mandat née en la personne de l'être social, l'action est sociale, même quand elle est exercée isolément par un ou plusieurs associés. S'agit-il au contraire d'un fait de responsabilité délictuelle, d'un délit ou d'un quasi-délit imputable aux gérants ou administrateurs, l'action en dommages-intérêts née de ce délit au quasi-délit est une action individuelle, même dans le cas où le préjudice serait égal pour tous les actionnaires » (1).

Ainsi, toutes les fois que les administrateurs se rendent coupables d'une violation de la loi ou des statuts, alors même que l'universalité des actionnaires serait lésée par cet acte illicite, chacun d'eux, se fondant sur l'article 1382 du Code civil, peut intenter une action personnelle en dommages-intérêts.

Ce qui caractérise ainsi les actions individuelles, « ce n'est pas le but de l'action, l'émolument qu'elle doit procurer aux différents intéressés, mais la cause génératrice de l'action » (2).

Il faut alors distinguer la simple faute de gestion qui constitue la mauvaise exécution, ou l'inexécution du contrat de mandat, de la violation d'une obligation légale préexistante dont peuvent se prévaloir même ceux qui ne sont pas partie au contrat de mandat.

Une analyse rapide de cette doctrine démontre donc qu'elle trouve son fondement, à l'instar de la précédente, dans le rappel constant de l'existence d'un contrat. Ces auteurs accusent cependant à l'excès l'importance du contrat, et le droit positif accueille avec plus d'intérêt la première distinction élaborée. C'est qu'en effet la logique contractuelle, primordiale dans le système proposé par Pic, démontre des faiblesses encore accentuées par le décret loi du 31 août 1937.

Déjà, une doctrine plus moderne enseigne que la qualification de « contractuel », appliquée à la responsabilité sanctionnée par l'action sociale est « sans intérêt » (3).

De même, à l'examen de l'action sociale, dans son régime antérieur au décret du 30 août 1937, ainsi qu'à la réforme instaurée par les articles 45 et 46, et 200 et 201 du décret du 23 mars 1967, on s'aperçoit que la théorie du contrat n'avait pas que des effets heureux : le domaine contractuel, s'il est celui de l'égalité virtuelle et juridique, ne recouvre pas, — tant s'en faut — celui de l'égalité économique. La rupture d'égalité jouait au détriment de l'action-

(1) PIC, note sous Paris, 31 mai 1892, D.P., 1893.2.149.

(2) CHERON, note sous Req., 3 avr. 1912, D.P., 1912.1.523. Voir égal. LEVILLAIN, note sous Paris, 20 mars 1901, D.P., 1904.2.121 ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, p. 476, n° 633 ; LEVILLAIN, note sous Orléans, 27 févr. 1904, D.P., 1905.2.337 ; MOURET, *Responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés*, nos 350 et s. ; Nancy, 5 août 1907, *Annales de droit com.*, 1907, p. 482 ; Trib. com. Seine, 23 déc. 1935, *Rec. jur. soc.*, 1936.82 ; Cass. req., 17 oct. 1922, D., 1923.1.167.

(3) RIPERT, *op. cit.*, n° 1374.

naire. Or celui-ci en achetant des actions cherche davantage à réaliser un placement avantageux qu'à s'intéresser à la conduite des affaires sociales (1). L'actionnaire « confie ses capitaux à un débiteur solvable ; il lui consent un prêt : il est le plus souvent un créancier qu'un véritable associé » (2). Or la consécration des règles du contrat a ruiné la notion d'égalité, en permettant l'impunité : il a donc fallu procéder à l'exclusion des règles contractuelles.

SECTION II

L'EXCLUSION DES TECHNIQUES CONTRACTUELLES

121. N'ayant cessé de dénoncer l'assimilation des rapports entre la société et ses organes au mandat, il faut encore jeter dans les esprits le doute et l'incertitude : Le doute profite ici à l'accusateur... Démontrer les faiblesses de l'analyse contractuelle aboutit à créer un vide, dont la construction légale sortira grandie.

Qu'il s'agisse de problème de qualification de la faute, ou de mise en œuvre de la responsabilité, la technique contractuelle mérite d'être exclue.

§ 1. — Difficultés issues de la qualification de la faute

122. Il peut arriver qu'un acte constitue à la fois une faute délictuelle, et une faute « contractuelle ». Dans un tel cas, en présence de faits complexes, « tels qu'une violation de la loi et des statuts, constituant à la fois une faute contractuelle au regard de la société, et un délit au regard de chacun des associés individuellement envisagés, ce même fait donnera naissance concurremment à une action sociale, et à des actions individuelles *ex delicto*, indépendantes de l'action sociale, et en nombre égal à celui des intéressés » (3).

Ainsi la conséquence des deux ordres de poursuite se trouve être la solution couramment admise pour les faits complexes (4).

Une incertitude en résulte de certains arrêts, que les exégètes ont interprété chacun à son gré : un exemple en est fourni par un arrêt de la Cour de Paris du 20 mars 1901 précité. Cette décision comporte les motifs suivants : « l'appelant, qui agit non comme un tiers, mais

(1) CHESNE, *loc. cit.*, p. 359.

(2) BARBRY, *op. cit.*, p. 63 ; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n^{os} 42, 44 et 45.

(3) LACOUR, note sous Paris, 19 févr. 1897 précité.

(4) Paris, 16 avr. 1870.2.121, Req., 7 mai 1872, D.P., 1872.1.233 ; LEVILLAIN, note précitée sous Paris, 20 mars 1901 ; VAVASSEUR, *Traité des sociétés*, t. II, n^o 862 et s. ; DELOISON, *Traité des soc. com.*, n^o 450 et s.

en sa qualité de membre de la société, n'établit pas et n'articule pas que la cause du préjudice par lui allégué soit afférente à sa personne, née *ex delicto*, que ses imputations se réfèrent à des fautes commises par les administrateurs dans l'accomplissement de leur mandat, et à des infractions statutaires, mais non à des manœuvres et des agissements caractéristiques de dol ou de fraude qui le toucheraient personnellement...».

Et le commentateur d'écrire : « n'est-ce pas indiquer dans des termes manquant peut être un peu de précision, d'une part que l'action sociale correspond à des fautes contractuelles dans l'exécution de leur mandat, et lésant les associés dans leur universalité ; d'autre part que l'action individuelle procède de délits ou de quasi-délits... » (1).

La coexistence, en pareil cas de l'action sociale et de l'action individuelle est une source de complications (2), que la jurisprudence a tenté d'éviter sans apporter de solution définitive. Il est admis que la violation de la loi ou des statuts constituant tout à la fois une faute contractuelle au regard de la société, et un délit civil au regard de chacun des associés, individuellement envisagé : ils pourront alors exercer simultanément l'action sociale *ut singuli*, et l'action individuelle (3), en se syndiquant au besoin en conformité des dispositions de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 (4).

La complexité est à son comble lorsqu'on admet que les tiers peuvent agir pour violation des statuts, car « l'acte constitutif d'une société anonyme est une sorte de loi constitutionnelle que la personne morale s'est donnée à elle-même, et sur l'observation de laquelle les tiers sont autorisés à compter, puisqu'elle a été portée à leur connaissance, et que souvent, ils contractent en se fixant aux dispositions qu'elle renferme » (5).

C'est dire combien la conclusion dénoncée plus haut trouve sa source dans la dualité de fautes : l'unification des causes de responsabilité par l'analyse de ces dernières en la violation d'une obligation légale permettrait en tous cas une clarté plus grande.

Plus que leur complexité, l'inadaptation des règles de la responsabilité contractuelle milite, aujourd'hui, en faveur de leur élimination de la matière.

(1) LEVILLAIN, *loc.cit.*

(2) LECOUR et BOUTERON, *op. cit.*, p. 477, n° 633.

(3) ANGERS, 19 mai 1891, D.P., 1892.2.81.

(4) Devenu, avec le décret du 23 mars 1967 les articles 200 et 201.

(5) LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, p. 477, n° 633.

**§ 2. — Exclusion par le décret du 31 août 1937
des techniques d'effacement de la responsabilité**

123. Nous avons déjà dit plus haut ce qu'il fallait penser de ces techniques (1). Il n'est point question d'y revenir mais de reconsidérer la question au regard du sort de l'action sociale : ce n'est qu'en comparant l'évolution de l'action sociale à celle de l'action individuelle que l'on peut comprendre combien la première s'est rapprochée de la seconde.

En effet, à raison même des limitations contractuelles à l'exercice de l'action sociale, la jurisprudence avait été amenée à encourager les actions individuelles, plus librement exercées : cette nécessité de séparer ces deux actions n'existe plus aujourd'hui.

L'évolution, tant jurisprudentielle que législative fut néanmoins assez lente à se dessiner puisque dans un premier temps, l'exercice de l'action sociale était freiné de façon presque absolue. Dans un deuxième temps, la jurisprudence apporte des limites à cette paralysie, en aménageant les règles du quitus notamment. Enfin, c'est le législateur qui eut raison des derniers retranchements que s'aménageaient les dirigeants sociaux.

A. — CONTRAT ET IRRESPONSABILITÉ.

124. A l'inverse de ce qui fut admis pour les commissaires chargés du contrôle, bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1867, — frappant de nullité toute clause d'irresponsabilité insérée dans les statuts (2) — les dirigeants avaient réussi à « enserrer l'action sociale dans d'étroites limites » (3), et cela par l'aménagement de la convention faisant la charte des parties.

Si l'action individuelle, fondée sur des délits et quasi-délits accomplis par les administrateurs, ne se voyait pas limiter par des dispositions statutaires, en revanche, l'action sociale, de par sa nature contractuelle, permettait un dispositif très complet de limitation de son exercice.

Les clauses d'autorisation et d'avis, subordonnant l'exercice de l'action à diverses modalités régies par l'assemblée, — où régnaient justement les administrateurs (4) — permettaient à ces derniers de s'absoudre à bon compte à titre préventif.

De même, à titre curatif, une fois les actes nocifs accomplis, les dirigeants se faisaient voter un quitus, paralysant l'action sociale.

(1) Voir not. p. 30 à 34 *supra*.

(2) Douai, 29 juin 1861, S., 1861.2.547 ; Bourges, 10 mars 1869, S., 1871.2.255 ; Orléans, 25 févr. 1904, D., 1905.2.377, note Levillain. Comp. GRANGER, *op. cit.*, p. 320.

(3) NOIREL, *op. cit.*, p. 210.

(4) LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, p. 474.

Les administrateurs, du même coup, enrayaient l'action sociale exercée *ut singuli* (1).

Un jugement du Tribunal de commerce de la Seine (2) mérite de ce chef l'attention, en indiquant que la clause des statuts d'une société interdisant aux actionnaires de diriger, dans un intérêt particulier, une contestation touchant à l'intérêt général et collectif de la société contre le conseil d'administration autrement qu'au nom de la masse des actionnaires, et en vertu d'une délibération de l'assemblée générale est licite, aucun motif de l'ordre public ne s'opposant à ce que les membres d'une société conviennent, dans l'intérêt général de cette société, que seule la majorité des actionnaires décidera de l'opportunité des poursuites à diriger éventuellement contre les administrateurs, — et à ce que les actionnaires composant la minorité seront tenus de sacrifier leur intérêt particulier à l'intérêt général en renonçant aux droits qui pouvaient leur appartenir d'agir *ut singuli*.

Les termes de « conviennent » et de « renonciation » ont une valeur indicative certaine : ils constituent un résumé de l'analyse contractuelle faite par la jurisprudence.

Ce qui a fait dire à un auteur que la solution « constituait une simple limitation de la liberté des parties de déterminer les effets du contrat qu'elles passent » (3) ne modifiant pas la nature de cette responsabilité contractuelle.

Nous ne sommes plus ici, comme au début de cette étude, dans le cadre des règles de fond (4) mais au cœur des problèmes procéduraux.

Le décret loi du 31 août 1937 franchissant un grand pas dans le sens de l'extension de l'ordre public, allait entamer l'impunité contractuellement aménagée dans ses effets, — et revaloriser l'action sociale, tout en permettant que subsiste l'équivoque à raison de l'utilisation renouvelée du terme « mandat » (5). Déjà certaines décisions antérieures au décret-loi du 31 août 1937 avaient mis un frein à l'efficacité totale du quitus : elles ne quittaient toutefois pas le domaine de la responsabilité contractuelle en recherchant de la sorte le dol, ou la faute grave, — dont aucune technique ne modifie les effets.

(1) Civ., 21 juin 1881, D.P., 1881.1.465 ; Req., 23 févr. 1885, D.P., 1885.1.413 ; Req., 16 févr. 1900, D.P., 1913.1.188 ; Paris, 30 juin 1883, D.P., 1885.2.18. Comp. Paris, 16 févr. 1911, *Journ. des soc.*, 1911, p. 274.

(2) 6 mai 1920, la loi, 5 août 1920 cité dans LACOUR et BOUTERON, *loc. cit.*, p. 266.

(3) GRANGER, *op. cit.*, p. 320.

(4) Voir *supra*, p. 30 à 34.

(5) Ce texte a été repris intégralement dans l'article 246 de la loi du 24 juillet 1960.

B. — LA REVALORISATION DE L'ACTION SOCIALE.

125. Antérieurement à la saine réaction du décret-loi du 31 août 1937, les tribunaux commençaient à se montrer réticents à l'égard du quitus, et des diverses clauses limitatives insérées aux statuts.

À l'égard de ces dernières, tout d'abord, la sanction prévue par les tribunaux était l'inopposabilité, et non la nullité : les clauses d'autorisation faisant obstacle à l'exercice de l'action sociale furent déclarées inefficaces par les juridictions inférieures (1), puis par la Cour suprême, cette dernière statuant notamment par un arrêt du 29 juillet 1941 (mais qui faisait application du droit antérieur au décret-loi de 1937) (2).

Les clauses d'avis, malgré leur caractère secondaire, puisqu'elles n'accordaient à l'assemblée qu'un pouvoir consultatif pour permettre à l'actionnaire d'agir, retardant ainsi légèrement son action dans la pire des hypothèses, ne furent pas mieux accueillies par les Cours d'appel, bien que tolérées par les tribunaux de commerce (3).

On retrouve d'ailleurs à propos des clauses d'autorisation, ou prohibitives (4), la même réticence que celle témoignée à l'encontre du quitus, — lorsque la faute du dirigeant réside dans la violation des statuts ou de la loi (5).

Très vite, les quitus obtenus ou arrachés « par surprise » ont rallié l'hostilité des juridictions consulaires, suivies en cela par les Cours (6).

L'information des actionnaires, et surtout l'objectivité de cette information justifient cette solution sans doute davantage qu'un raisonnement étayé sur les notions d'erreur, de fraude, ou de manœuvres dolosives : moyens dégagés du droit des contrats. Cela est si vrai que, si dans un premier stade, il fallait, pour agir après le vote du quitus, faire annuler l'assemblée l'ayant voté pour irrégularité de forme (7), le décret loi du 31 août 1937 priva le quitus d'effet, même lorsqu'il est régulièrement voté.

(1) Lyon, 25 juin 1936, S., 1937.2.68.

(2) Cass. civ., 29 juill. 1941, S., 1942.1.57.

(3) Lyon, 21 mars 1935, S., 1936.2.7 ; Lyon, 25 juill. 1936, S., 1937.2.68 ; Paris, 7 janv. 1938, S., 1938.2.53. Comp. Trib. civ. Seine, 2 janv. 1952, *Gaz. Pal.*, 1952.1.214 ; Trib. com. Seine, 17 janv. 1949, S., 1949.2.161, note Dalsace.

(4) SOLUS, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, p. 165.

(5) LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 827 *ter* ; THALLER et PIC, II, n° 1583 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1372. *Contra* : RIPERT, p. 699, n° 1377.

(6) Trib. com. Seine, 27 mai 1935, S., 1935.2.146, note Rousseau ; Trib. com. Seine, 20 janv. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.572 ; Paris, 29 déc. 1934, S., 1935.2.61 ; Paris, 22 juill. 1938, D.P., 1939.2.44 (Dans cette affaire, connue sous le nom de *Société lorraine des anciens Ets De Dietrich*, les administrateurs, par le truchement de commissions versées aux banques avaient obtenu environ 110 000 pouvoirs en blanc, et s'étaient servi des filiales de la société pour conforter leur majorité. Ceci fait dire à M. SOLUS (*op. cit.*, p. 168, note 1) qu'il y a lieu de compter, après la réforme de 1957, avec l'existence possible, et souhaitable du délit d'usage abusif de pouvoirs ou de voix...).

(7) RIPERT par ROBLOT, *op. cit.*, p. 700, n° 1378.

Il s'agit donc de dispositions spécifiques au droit des sociétés. En admettant que la théorie contractuelle soit le siège de la matière, il faut alors bien convenir avec M. Solus (1) que « la disposition nouvelle est, à n'en pas douter, contraire aux principes juridiques... aussi bien ne sont-ce pas des raisons juridiques, mais surtout des considérations d'ordre pratique, qui ont inspiré le décret loi de 1937 ».

Cette inadéquation de la solution proposée avec les principes du droit des contrats s'explique par le fait que les sociétés par actions échappent justement au droit des contrats et que l'intégrité du consentement laisse ici la place à la protection de l'épargne.

C'est en vertu de concepts contractuels que certaines solutions pour le moins surprenantes avaient vu le jour, comme le fait pour les administrateurs de prendre part au vote leur accordant le *quitus* (2).

De telles anomalies allaient justifier l'intervention autoritaire en vue de réfréner les abus constatés.

C. — LES CONSÉQUENCES DU DÉCRET-LOI DU 31 AOÛT 1937.

126. Ce texte, déjà ancien, présente à nos yeux un intérêt théorique certain : il a eu le mérite de « tourner la page », de façon irréversible sur l'application de techniques contractuelles : cela n'a pas toujours été parfaitement senti.

Reprenant les termes d'un projet de loi n° 4502, reproduits dans la proposition n° 87 de 1936 votée par le Sénat, le décret-loi du 31 août 1937, ajoutait à l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 un troisième alinéa ainsi conçu : « aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants ou membres du conseil de surveillance pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

Certes, quant à l'efficacité de la formule, et au but à atteindre, ce texte se passe de commentaires, en ce qu'il supprime toute entrave à l'exercice de l'action sociale.

Intellectuellement, en revanche, il laisse à désirer, en ce qu'il consacre apparemment, *a posteriori*, la distinction élaborée au début du siècle entre l'action sociale et l'action individuelle : la première reposant sur la violation d'obligations contractuelles, — la seconde sanctionnant des faits délictueux ou quasi délictuels.

C'est contre la sclérose affectant l'action sociale qu'entendait lutter ce texte, puisque l'action individuelle avait toujours conservé une pleine efficacité.

Dès lors, le dernier tronçon de l'alinéa 3 nouveau de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 confirmait bien implicitement que c'était

(1) *Op. cit.*, p. 168, n° 195.

(2) Cass., 29 juill. 1925, D.P., 1926.1.17 et note Chéron.

l'action sociale qui était concernée, action sanctionnant la faute « commise dans l'accomplissement du mandat ».

En d'autres termes, si par un phénomène d'osmose, l'action sociale voit son régime se calquer sur celui de l'action individuelle, en revanche, la distinction posée quant à la cause génératrice de l'action subsiste. Il ne reste plus, pour la doctrine classique même, que la cause de l'action sociale qui ait un caractère contractuel.

Encore faut-il préciser que cette analyse est controversée avec vigueur par la doctrine dominante, pour laquelle l'action sociale se distingue de l'action individuelle en ce qu'elle a pour but la réparation d'un préjudice subi par la collectivité des actionnaires, — plus que par l'origine de la faute commise (1).

C'est donc au moment où le décret-loi de 1937 supprime l'aspect contractuel de l'action sociale qu'il laisse subsister — malencontreusement — le terme « mandat », et l'équivoque que l'on retrouve d'ailleurs dans la loi du 24 juillet 1966.

Malgré l'échec de l'analyse contractuelle, le droit français conserve le terme de mandat, et la référence au contrat qu'il implique. Peut-on expliquer la survie de ce terme dans le droit moderne ? C'est le recours à la méthodologie juridique qui fournit la réponse.

§ 3. — L'inexplicable survivance du terme « mandat » dans la loi nouvelle

127. En 1867, à l'avènement de la loi sur les sociétés anonymes, la méthode dominante au sein de la doctrine française était celle de l'exégèse, pour laquelle le texte de loi était nécessaire et suffisant : la loi écrite, norme rassurante par sa stabilité, en cette période d'individualisme, invitait les interprétations à s'aligner sur elle.

Il n'y avait rien d'étonnant dès lors à ce que les commentateurs de la loi du 24 juillet 1867, vigoureux exégètes, analysent la société par actions en un contrat (2) et ses organes de gestion ou de surveillance comme des mandataires (3).

Le problème se pose aujourd'hui encore avec la même acuité que lorsque fut dénoncé le « fétichisme de la loi écrite », en butte aux techniques nouvelles d'interprétation, mises en évidence dans la dernière année du XIX^e siècle (4).

La méthode scientifique prônée par ces auteurs invitait le juriste à orienter sa compréhension du texte écrit en fonction du but assigné

(1) Voir *supra*, p. 146 et s.

(2) ALAUZET, *Commentaire des lois sur les sociétés civiles et commerciales*, t. 1, n° 369 ; VAVASSEUR, *Traité théorique et pratique des sociétés par actions*, n° 1.

(3) BEDARRIDE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, t. 1, n° 143.

(4) M. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, t. 1, n° 7 à 30 ; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil* 1900. Pour l'école exégétique : J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, p. 126 et s.

à la loi, — plutôt que d'en rester à l'interprétation littérale et aveugle de cette dernière.

Le reproche fait à l'école de l'exégèse était essentiellement de ne pas vouloir admettre que le législateur, suivant nécessairement des sentiers battus, ne disposant que de techniques déjà connues, ne puisse se trouver désarmé devant une situation ou une évolution comportant une originalité réelle. De là, l'attaque de la notion contractuelle au profit de celle de « situation juridique objective » (1). De là encore, la conception institutionnelle et l'affirmation selon laquelle : « la condition juridique des actionnaires est exactement la même que celle des organes d'une administration publique, ou que celle des citoyens ou des sujets d'un état » (2).

Il est possible d'affirmer que l'administrateur dispose d'un statut au même titre que le fonctionnaire, à la différence toutefois que sur certains points, ce statut n'est encore qu'en gestation.

A l'exception d'une soumission aveugle à un régime périmé, rappelée à la première phrase de cet ouvrage (3) on peut se demander quelle est l'utilité d'une responsabilité contractuelle appliquée à des sujets dont il n'est pas possible d'exiger l'accomplissement d'obligations de résultat, et dont il faut, en tout état de cause, prouver la faute. Rappelons que de surcroît, la responsabilité contractuelle ne couvre que le seul dommage prévisible...

La société n'a donc aucun avantage à se fonder sur la nature contractuelle de la faute : il suffit que l'obligation ait été violée, sans qu'il y ait à déterminer la nature de l'obligation.

Ainsi, au moment où le législateur tranche *a posteriori* la contestation née à propos de la qualification de l'action sociale, en décidant que la société doit toujours être présente aux débats lorsqu'un actionnaire — ou plusieurs (4) — intentent l'action sociale —, constatant ainsi que celle-ci tend à réparer un préjudice collectif plutôt qu'un manquement contractuel par les dirigeants dans l'exécution de leur mandat, il laisse subsister le doute en conservant le terme de « mandat » (5).

Le législateur de 1966, pour qualifier l'action sociale a pris position : il a adopté nettement le critère de l'étendue du préjudice pour opposer l'action sociale et l'action individuelle, en ordonnant la présence aux débats de la société en cas d'action sociale *ut singuli*.

Alors la question de l'utilité de la responsabilité contractuelle

(1) M. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, n° 38.

(2) M. HAURIU, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 180.

(3) Voir citation de M. COPPER-ROYER, *supra*, p. 9, note 1.

(4) Art. 45 et 46, 200 et 201 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 : Désormais, les éventuels dommages-intérêts doivent être alloués à la société (art. 245 de la loi du 24 juill. 1966) appelée aux débats en la personne de ses représentants légaux : voir HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *La réforme des sociétés commerciales*, p. 167.

(5) Art. 52, 136, 246 de la loi du 24 juill. 1966 (l'art. 248 a été modifié par l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967).

prend tout son sens : l'extension conférée à l'action individuelle essentiellement fondée sur un délit ou un quasi-délit, et que nous envisagerons plus loin, accroît encore l'acuité du problème.

Les effets de l'action sociale, et ses conditions actuelles d'extinction prouvent assez qu'elle se rapproche à l'évidence de la technique de la responsabilité délictuelle : une tendance très nette à l'unité entre ces deux responsabilités se manifeste.

SECTION III

LES FACTEURS D'UNITÉ DES RESPONSABILITÉS CONTRACTUELLE ET LÉGALE

128. Indépendamment de l'exercice de l'action, d'autres éléments militent en faveur de ce rapprochement, de cette assimilation par la responsabilité légale de la responsabilité contractuelle : la prescription et la solidarité.

§ 1 — La prescription

L'étude des problèmes soulevés par la prescription de l'action sociale démontre nettement que l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence a admis un alignement de l'action sociale sur les actions fondées sur une violation d'obligations légales. La jurisprudence, tout d'abord a hésité, postérieurement à l'entrée en vigueur du décret du 31 août 1937 à admettre que ce texte fasse application de la prescription triennale aux actions sociales (1).

Il pourrait paraître paradoxal, à propos de l'action sociale, d'envisager les autres actions en présence. Néanmoins, si se vérifie, pour l'action individuelle, la prescription triennale, il en résultera un argument en faveur de l'unité de responsabilité.

Les premières décisions se montrèrent réticentes, n'entendant pas étendre aux actions individuelles le bénéfice de la courte prescription triennale, contrepartie d'un alourdissement de l'étendue de la responsabilité des administrateurs.

La raison en était essentiellement que les tiers, créanciers sociaux notamment, ne disposaient pas des mêmes sources d'information que les associés ou actionnaires. Or fort justement, ces derniers sont parfois considérés comme des tiers au contrat de mandat, unissant la société à ses dirigeants... La critique devenait dès lors moins percutante.

(1) Art. 4 du décret-loi du 30 août 1935.

Un arrêt de la Cour de Paris, notamment (1), exposa avec soin les raisons lui paraissant militer pour une interprétation restrictive de l'article 4 du décret-loi du 31 août 1937. Il fut suivi d'autres décisions aussi nettes (2).

La doctrine, et essentiellement M. Solus (3) émit une opinion favorable à cette solution, se fondant sur le fait que les dispositions du décret-loi ont été ajoutées à l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867, qui ne concernait que l'action sociale exercée soit par un groupe d'actionnaires représentant au moins le vingtième du capital social, soit par un actionnaire individuellement, agissant *ut singuli*.

En conséquence, la logique du texte découlant des alinéas 1 et 2 de l'article 4 du décret-loi (4) était confortée par l'alinéa 4, visant expressément l'action sociale.

Ces auteurs, enfin, étayaient leur thèse sur les travaux préparatoires, et notamment le texte voté par le Sénat le 9 juillet 1936 (5) — intégralement repris par l'article 4 du décret-loi — duquel il résultait qu'au cours de la discussion, l'ordre avait été inversé dans les deux alinéas, la règle générale devant être énoncée avant l'exception.

Malgré le lien étroit souligné par cette partie de la doctrine entre l'alinéa 3 et l'alinéa 4 de l'article 4 du décret-loi du 31 août 1937, qui devait selon elle éliminer toute place pour un possible doute, c'est le courant de l'unité entre les deux actions qui allait l'emporter.

L'arrêt de la Cour de Paris précité du 25 février 1943, frappé d'un pourvoi en Cassation, fut censuré par la Cour suprême le 20 janvier 1948, en des termes très nets (6).

La Cour de cassation, soutenue par la majorité de la doctrine (7)

(1) 23 févr. 1943, *J.C.P.*, 1943.II.2327, note Solus ; pour cette juridiction, l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 jouit d'une homogénéité parfaite autour de la notion d'action sociale, puisqu'il vise : la possibilité pour les actionnaires de se grouper, le quitus, les diverses clauses d'avis et d'autorisation. En outre, une raison de protection des tiers militait selon cet arrêt, en faveur de la prescription trentenaire pour les actions individuelles et celles exercées par des tiers non actionnaires.

(2) Paris, 12 avr. 1943, *J.C.P.*, 1943, Ed. n.II.2534, note Bastian ; Paris, 26 févr. 1945, S., 1945.2.23, note G. B. ; Trib. com. Lille, 12 févr. 1944, D.C., 1944.J.137, note A. C.

(3) SOLUS, *op. cit.*, § 191, p. 163 et 164 ; COPPER-ROYER, *Rev. spéc.*, oct. 1937, n° 20, p. 722.

(4) Ces alinéas visant les clauses d'avis, d'autorisation et le quitus ne pouvaient donc s'appliquer qu'à l'action sociale — l'action individuelle étant toujours demeurée libre malgré de telles stipulations ou décisions, jugées inopposables.

(5) *Journ. of.*, déb. Parl., 1936, p. 676.

(6) Civ. sect. com., 20 janv. 1948, S., 1948.1.153, note Sinay.

(7) Ce fut d'abord M. TCHERNOFF (*Gazette des prud'hommes*, 1937.308) qui invoqua le caractère général de l'alinéa 3, suivi en cela par M. CORDONNIER. « Les nouveaux délais concernant l'exercice de l'action en responsabilité contre les administrateurs », *Journ. des soc.*, 1939, p. 257 et s. ; DECUIS, « Les modifications apportées au régime des sociétés par actions par les articles 4 et suivants du décret-loi du 31 août 1937 », *Journ. soc.*, 1939, p. 177.

Postérieurement à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 janvier 1948,

considéra que par ses dispositions très générales, le nouveau texte visait toutes les actions en responsabilité, alors et surtout que rien ne permet d'exclure l'action individuelle du champ d'application du nouveau texte.

De surcroît, l'arrêt affirme l'absence de contradiction dans l'attitude du législateur soucieux d'une part d'aménager une répression efficace du comportement abusif des administrateurs, et d'autre part, d'harmoniser et de coordonner toutes les actions en responsabilité.

On souleva l'objection tirée de la nature contractuelle de l'action sociale, pour tenter d'endiguer ce courant d'unification, afin d'appliquer une prescription trentenaire : l'arrêt y répondit en observant que la réduction impérative des délais de prescription ne changeait pas la nature de l'action. Il est regrettable qu'ait été maintenue l'explication contractuelle, alors que les conséquences de cette explication ne sont pas retenues.

129. L'arrêt du 20 janvier 1948 (1) mérite quelques critiques : si simplification et coordination de toutes les actions en responsabilité sont souhaitables, ce ne peut être qu'au prix d'un effort continu d'unification. A l'unité de régime juridique doit correspondre la recherche d'une unité théorique.

La refonte complète de la matière des actions en responsabilité s'impose : mais aussi bien au plan pratique qu'au niveau théorique de la nature des actions (2).

Ce souci d'unification a toujours fasciné la pratique judiciaire, aboutissant parfois à des solutions inverses de celle adoptée par la Cour de cassation en 1948 : un exemple en est fourni par l'application qu'en a faite le Tribunal fédéral suisse (3) antérieurement à la réforme de 1936 du Code des obligations : l'action en responsabilité des « actionnaires, créanciers sociaux, ou tous autres tiers » à l'encontre des administrateurs fut jugée de nature contractuelle, à seule fin de substituer une prescription décennale à une prescription annale (applicable aux actions délictuelles) !

Ainsi, alors même que l'interprétation de la loi aurait pu lui permettre d'accentuer la différence entre le caractère contractuel de l'action sociale, et celui, légal, de l'action individuelle, la jurisprudence a préféré ériger une déclaration de principe, tout en alignant le régime juridique des deux actions.

Le législateur moderne a purement et simplement repris les délais

d'autres auteurs se rangèrent à cette opinion : MM. HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, n° 664 ; RAUT, *Rev. trim. dr. com.*, 1948.443 ; ESCARRA et RAUT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. IV, 1959, p. 384 et s., n°s 1625 et s. ; NOIREL, *Les Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1961, n° 75, p. 255 et s. La jurisprudence a suivi, depuis lors : Paris, 29 mars 1957, D., 1957.J.488, et Lyon, 16 sept. 1960, D., 1961, Somm. p. 51.

(1) *J.C.P.*, 1948.II.2327, note Solus.

(2) NOIREL, *op. cit.*, p. 216, n° 312.

(3) Voir not. YAMULKI, *op. cit.*, p. 286 et s. et 300.

unifiés de prescription : qu'il s'agisse d'une action en responsabilité sociale ou individuelle, prévue par l'article 247 de la loi du 24 juillet 1966, ou de l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution, le délai de trois ans est maintenu (1).

L'occasion était pourtant belle de procéder à un rapprochement des natures juridiques... elle n'a pas été saisie. Mais la même démarche se retrouve avec l'examen de la solidarité où le même illogisme se vérifie.

§ 2. — La solidarité

130. Rappelons que la doctrine qualifie l'action sociale de contractuelle, retenant essentiellement le contrat de mandat commercial (2) pour qualifier les rapports entre les dirigeants sociaux et la société.

Aux termes de l'article 1202 du Code civil, la solidarité ne se présume pas : il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi.

Ainsi, en droit français, la solidarité ne saurait être concevable qu'en vertu d'une disposition contractuelle expresse, ou d'une disposition législative particulière.

En matière commerciale toutefois la solidarité se présume, et ce parce que « l'article 1202 du Code civil n'est pas applicable en matière commerciale, où selon un usage antérieur au Code de commerce, et maintenu depuis, la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun des parties en cause » (3).

Doctrine et jurisprudence posent donc en matière commerciale cette présomption, qui ne saurait plus être remise en question en l'absence même d'un texte de loi.

Or l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 et l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 précisent, — à peu près dans les mêmes termes que « les administrateurs sont responsables... individuellement ou solidairement, selon le cas » (4).

(1) Seul varie le point de départ de la prescription : date des faits, ou de leur révélation s'ils ont été dissimulés pour l'article 247 de la loi, — Jour où la décision est passée en force de chose jugée, pour l'article 370.

(2) V. GIVERDON, *Le mandat commercial. Encyclopédie Dalloz*, n° 5.

(3) Cass. civ., 7 janv. 1946, S., 1946.1.32. Voir égal. Req., 20 oct. 1920, D., 1920.1.161, note Matter ; 13 janv. 1926, S., 1926.1.104 ; Civ., 18 juill. 1929, D.H., 1929.556 ; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, n° 1057 ; RIPERT et ROBLOT *op. cit.*, n° 350, p. 180 ; F. DERRIDA, « De la solidarité commerciale », *Rev. dr. com.*, 1953, p. 329.

(4) Art. 244 de la loi du 24 juill. 1966 : « Les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement, selon les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes (rédaction nouvelle, en vertu de l'article 23 de la loi n° 67-559 du 12 juill. 1967) soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Il devrait donc être possible à la solidarité de jouer pleinement en la matière, et ce en vertu tant d'une disposition légale particulière (1), que de la technique du contrat de mandat commercial.

Le législateur a toujours nettement affirmé la possibilité d'une responsabilité solidaire.

Alors que la loi du 24 juillet 1867 renvoyait au « droit commun », le nouveau texte évite d'y faire référence. Le droit commun étant en la matière l'article 1202 du Code civil, inapplicable aux contrats commerciaux, ne pourrait-on soutenir qu'aujourd'hui, en l'absence de cette référence au droit commun la présomption de solidarité joue pleinement, — alors et surtout que le caractère commercial des sociétés a été encore souligné par la législation nouvelle (2).

Un auteur (3), observant que l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 renvoyait au droit commun, concluait que celui-ci était constitué par l'article 1202 du Code civil et que, partant, hormis les cas prévus à l'article 55 du Code pénal, la solidarité n'aurait pas dû jouer en la matière.

Néanmoins, une disposition législative expresse prévoyant la solidarité, celle-ci était possible. Certains auteurs ont même tenté, sous le régime de la loi ancienne de conférer à l'article 55 du Code pénal, qui prévoit que les individus condamnés pour un même délit sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais — une portée générale (4).

La jurisprudence a commencé par procéder par analogie, étendant la solidarité entre co-auteurs d'un délit pénal aux co-auteurs d'un délit civil (5) — prononçant la condamnation solidaire des administrateurs en cas de fautes communes.

131. Une réaction doctrinale vigoureuse (6) précéda un revirement jurisprudentiel écartant définitivement la solidarité en la matière.

(1) Le législateur réserve une possibilité, qu'il laisse les tribunaux libres d'utiliser à leur gré.

(2) On pourra certes objecter que le « mandat », s'il est commercial pour la société, ne l'est pas forcément pour le dirigeant social et qu'il s'agirait ici d'un acte mixte.

(3) NOIREL, *op. cit.*, p. 204, n° 294.

(4) RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1035 et s.; YAMULKI, *op. cit.*, p. 303 et s.

(5) Cass. req., 10 mars 1943, S., 1944.1.9, note Lescot. Voir également pour une faute positive (Req., 23 juill. 1935.1.333) — pour une faute par omission : Req., 16 févr. 1937, J.C.P., 1937.II.273 ; Req., 20 avr. 1939, J.C.P., 1939.II.1302. Les Cours d'appel ont souvent repris ce principe : ex. Paris, 29 déc. 1934, S., 1935.2.61.

(6) MM. ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, t. 4, 1959, p. 310 et s. (l'article 55 du Code pénal)... n'est applicable qu'autant qu'une condamnation pénale est intervenue à l'encontre de chacun des coauteurs de l'infraction, d'où cette conséquence, notamment, que si un même fait constitue à l'égard de l'un des administrateurs un

La chambre civile de la Cour de cassation, rendit, le 10 mai 1948 (1) un arrêt rappelant que « si chacun des co-auteurs, dans le cas de faute commune, peut être condamné à préparer l'intégralité du dommage, dont il a contribué à l'entière réalisation, la solidarité des articles 1202 et suivants du Code civil ne peut être prononcée contre eux que dans les cas prévus par la loi ».

Cet arrêt, cassait un arrêt de la Cour de Rouen ayant prononcé la solidarité entre un administrateur et un administrateur délégué à l'égard d'un tiers.

Si la solution pouvait se justifier par l'aspect délictuel de l'infraction, en revanche, les décisions récentes étendent la solution à des obligations dites « contractuelles » : la Cour de cassation (2) dans un arrêt du 22 mai 1957 a censuré une décision qui avait condamné solidairement les administrateurs en relevant que le préjudice, dont la société par son syndic demandait réparation, résultait de fautes communes, commises de façon collective, et imputables à l'ensemble des administrateurs.

La doctrine a emboîté le pas, dans son ensemble, à cette solution, admettant ainsi qu'il existait une obligation *in solidum* (3).

Alors que de nombreuses raisons juridiques semblaient militer en faveur d'une responsabilité solidaire, tout au moins à raison des prétendues obligations contractuelles assumées par les administrateurs, le droit positif s'éloigne donc de la technique du contrat : « sans doute l'usage présume la solidarité dans les contrats commerciaux, mais la société n'est pas un contrat, et encore moins la réunion d'administrateurs en conseil... les administrateurs ne sont pas des co-mandataires, ils sont seulement les membres d'un conseil. Il en est de même des membres du directoire, dans la structure nouvelle instituée en 1966 » (4).

délit sanctionné par une juridiction répressive et à l'égard des autres un quasi délit dont la réparation est poursuivie devant la juridiction civile, chacun d'eux peut bien être condamné à réparer l'entier dommage, mais il n'existe pas entre eux de solidarité. D'autre part, la solidarité instituée par ce texte ne constituant pas une peine, mais seulement un procédé destiné à faciliter le recouvrement de l'amende pénale, la déclaration de connexité alors même qu'elle est le soutien de la condamnation solidaire prononcée à l'encontre des prévenus, n'a pas le caractère d'une disposition d'ordre pénal à laquelle se rattache l'autorité absolue de la chose jugée.

(1) A propos de l'affaire dite *Société havraise Transocéanique*, furent rendus d'abord un arrêt de la Cour de Paris (22 déc. 1938, D.C., 1942.J.96, note Lerebours-Pigeonnière) cassé par un arrêt de la Chambre civile du 25 février 1942 (même référence) et renvoyant devant la Cour de Rouen. Celle-ci par un arrêt du 23 déc. 1942, confirma la solidarité : elle fut donc censurée par l'arrêt précité du 10 mai 1948, J.C.P., 1949.II.4937, note Bastian.

(2) Civ. sect. com., 22 mai 1957, *Bull. cass. civ.*, 1957.III.141 et 142.

(3) ESCARRA et Rault, *op. cit.*, p. 310 et s. ; GIVERDON, *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, Dalloz V° *Administration*, t. III, n°s 48 et s. ; HAMÉL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, 1954, n° 661, p. 789 ; GOUGET, *op. cit.*, p. 141 et s. ; MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, t. II, 1958, p. 904 et s. ; NOIREL, *op. cit.*, p. 204 et 205.

(4) RIPERT et ROBLOT, 6^e éd., p. 695 n° 1370.

La loi de 1966 a été plus avant dans la solution de la contribution à la dette, indiquant dans l'alinéa 2 de son article 244 : « si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ».

132. Il semblerait possible de déduire de la discrétion du législateur qu'il entend laisser les choses en l'état, sans accentuer l'aspect contractuel de la responsabilité des administrateurs dans le cadre de l'action sociale.

La Cour de cassation peut donc reprendre, — dans le silence de la loi du 24 juillet 1966, l'esprit et les conclusions qu'elle a dégagés en 1957.

« Sans prononcer le terme d'obligation *in solidum* », la Cour de cassation en expose les effets. Chacun des administrateurs peut bien être poursuivi pour la totalité du dommage causé par la faute commune, mais les effets secondaires de la solidarité ne se produisent pas, et notamment la représentation des co-débiteurs n'existe pas (1).

Après une tentative, — logique somme toute dans le cadre d'un contrat de mandat, — pour mettre en jeu les règles de la solidarité, la jurisprudence s'est finalement dirigée de façon nette en faveur d'une solidarité imparfaite : l'obligation *in solidum*, qui est d'une « autre nature que l'obligation solidaire » (2).

Tant le droit moderne que le droit romain ont vu naître l'obligation *in solidum* dans le domaine délictuel. Le principe dégagé par la Cour suprême, en l'absence de condamnation pénale, — principe d'application générale — est que tout co-auteur d'un préjudice mettant en jeu sa responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle, est tenu de réparer l'entier dommage (3).

Il est pour le moins remarquable que la tentative jurisprudentielle pour consacrer la solidarité n'ait finalement abouti qu'à l'application pure et simple de règles inhérentes à la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, et ce malgré la réticence de la Cour suprême à employer les termes d'obligation *in solidum* en la matière.

Certes, l'obligation *in solidum* peut parfois peser sur des débiteurs d'obligations contractuelles. Mais cette obligation *in solidum*, pesant sur deux débiteurs contractuels n'existe que si ceux-ci ne sont pas liés au créancier par un même contrat (4), « par exemple, sur deux entrepreneurs dont les travaux distincts exécutés en vertu de contrats différents, ont causé un même dommage au maître de l'ouvrage (5), ou bien sur un architecte et un entrepre-

(1) NOIREL. *op. cit.*, p. 205.

(2) H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, p. 900.

(3) Req., 19 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.567; Civ., 4 déc. 1939, S., 1940.1.14, et note Holleaux au D.C., 1941.124.

(4) MAZEAUD, *loc. cit.*

(5) Civ. 1^{re}, Civ., 9 nov. 1960, 1^{er} arrêt *Gaz. Pal.*, 1961.1.83,

neur qui sont liés au maître de l'ouvrage par des contrats différents, mais qui par leurs fautes, lui ont causé un même préjudice» (1).

Cependant, c'est de l'action sociale dont il est ici question, — action traditionnellement exercée comme une *actio mandati*, exercée par un mandant à l'encontre de son ou ses mandataires, pour fautes accomplies dans l'exécution de leur mandat. Peut-on retrouver ici, pour fonder l'obligation *in solidum*, la dualité des contrats ou des situations exposés précédemment ? Il n'en est rien. De plus, même s'il n'y avait qu'un seul contrat entre la société et ses administrateurs (ce qui est pour le moins douteux) la jurisprudence ne craindrait pas de donner son plein effet à l'obligation solidaire.

L'action sociale, caractérisée pourtant par la doctrine comme révélatrice de responsabilité contractuelle, ne suit pas les règles édictées en la matière. Nous ne suivons pas ceux pour lesquels cette qualification « est sans intérêt, car que l'obligation de bien gérer soit contractuelle ou légale, il est nécessaire de démontrer l'existence d'une faute pour établir qu'elle a été violée » (2).

L'action sociale, terrain de prédilection pourtant des tenants de l'analyse contractuelle, quitte donc ce domaine, pour se rapprocher des règles plus nettes, plus affranchies également des sujétions contractuelles, de l'action individuelle. La tendance au rapprochement entre ces deux actions se fait dans le sens de la première vers la seconde.

(1) Civ. 1^{re}, Civ., 14 oct. 1958, *Bull. civ.*, 1958.1, p. 324, n° 426.

(2) RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 1374.

CHAPITRE II

L'ACTION INDIVIDUELLE : FACTEUR DE DÉVELOPPEMENT DE LA RESPONSABILITÉ LÉGALE

133. L'étude de l'action individuelle permet de dégager une certitude : elle ne s'analyse jamais comme une action de nature contractuelle. Nul, du moins, ne l'a prétendu.

En d'autres termes, que l'on admette qu'elle tende à réparer un dommage d'origine délictuelle, ou une violation de la loi, — ou encore qu'elle ne vise à réparer que le préjudice subi par une seule personne ou catégorie de personnes, aucune hésitation ne fut permise : à l'égard de la personne du demandeur à l'action, point de source contractuelle.

C'est pourquoi ici, elle présente un intérêt particulier, car elle fut toujours considérée par la jurisprudence comme devant être étendue et non point limitée, tant dans son champ d'application, que dans ses conditions d'exercice.

Il est à cet égard surprenant d'opposer la liberté d'exercice de l'action individuelle, et les entraves de toute sorte qui affectaient l'action sociale.

L'action individuelle est celle appartenant en propre à tout actionnaire ou créancier social, en vue de la réparation du dommage particulier qu'il a subi par suite d'une faute commise par les dirigeants sociaux.

Déjà, cette définition appelle une remarque, formulée de longue date (1) savoir qu'il importe de ne pas confondre les actions individuelles appartenant aux actionnaires, et ainsi appelées en opposition avec les actions sociales, — avec les actions appartenant aux tiers et que la pratique (par un usage qui prête à équivoque, et ne peut se justifier que par la difficulté de les qualifier autrement) appelle également individuelles.

Limitant provisoirement cette étude aux droits des seuls actionnaires, il faudra d'abord tenter de définir l'action individuelle :

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, 5^e éd., 1918, t. II, p. 479.

cette analyse permettra de conclure que jamais la doctrine ne recherchait de fondement contractuel à cette action, dont les effets, cohérents, se traduisent indirectement par la recherche de la protection sociale (1), par la répression du désordre collectif.

Une action est individuelle lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice particulier à un ou plusieurs actionnaires, mais n'ayant pas atteint l'universalité des associés (2), ce qui conduit certains auteurs à la qualifier d'action « personnelle » (3).

Deux sections seront consacrées à l'origine de l'action individuelle, et à sa mise en œuvre : le thème unique en sera la liberté absolue qui préside à l'exercice de cette action.

SECTION I

L'ACTION INDIVIDUELLE NE PREND JAMAIS SA SOURCE DANS UN CONTRAT

134. Cette action se distingue totalement de toutes celles pouvant naître dans le patrimoine de la société, tant et si bien que généralement la doctrine insistait sur le fait que l'action individuelle a pour objet la réparation d'un dommage personnel à chaque intéressé indépendamment de celui subi par la collectivité (4). Le lien entre les intérêts sociaux et l'action individuelle fut d'abord considéré comme très lâche, voire inexistant : non seulement tout actionnaire lésé peut intenter contre les administrateurs une action personnelle en indemnité, même après la déclaration de « faillite » de la société (5), mais il conserve même le droit d'agir après extinction de l'action sociale (6).

Ces affirmations ainsi posées, ne permettent de dégager qu'avec prudence les critères de distinction de l'action individuelle par rapport aux actions sociales, tant et si bien que de nombreux critères de distinction ont été proposés : leur intérêt réside dans l'exclusion de tout rattachement à un contrat.

Trois critères se sont dégagés, le premier concernant la qualification du préjudice, particulier ou collectif, — le second concernant

(1) Voir D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 198 à 214.

(2) LACOUR, note au D., 1898.2, p. 153 ; VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. 1, n° 743 ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, n° 827 ; PONT, *Sociétés*, t. 2, n°s 1563 et 1706.

(3) ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, t. IV, 1959, n° 1581, p. 327.

(4) Note Thaller sous Civ., 26 nov. 1912, D., 1913.1.377.

(5) Req., 7 mai 1872, D.P., 1872.1.233. Bourges, 2 août 1888, D.P., 1889.2.49.

(6) Req., 3 déc. 1883, D.P., 1884.1.339 ; Lyon, 12 mars 1885, D.P., 1886.2.136 ; Req., 18 mai 1885, D.P., 1888.L.59 ; VAVASSEUR, *op. cit.*, n°s 743 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, n° 827. Règles applicables avant 1937, alors qu'un quitus pouvait éteindre l'action sociale.

l'étendue du préjudice, et le troisième la nature de la faute génératrice de dommage.

§ 1. — La qualification du préjudice

135. S'agit-il d'un préjudice infligé à la société, et n'ayant atteint les actionnaires qu'indirectement, par ricochet, l'action ne saurait, pour les tenants de la première thèse, appartenir à ces derniers, la société seule étant habile à demander réparation du préjudice.

S'agit-il en revanche d'un préjudice direct, médiate, subi par l'actionnaire ou l'associé, de manière distincte de tout préjudice collectif, c'est en revanche, d'une action individuelle dont disposeront les personnes lésées.

En effet, « toute action en justice a pour fondement un droit pour lequel on réclame la protection du pouvoir judiciaire. Les droits sont des intérêts juridiquement protégés. En principe, c'est le titulaire du droit qui a qualité pour agir, ce qui implique que le demandeur à l'action en responsabilité, est celui dont le droit a été violé. A cette règle, une seule exception : elle se trouve vérifiée lorsque la loi confère à un tiers compétence pour assurer la défense du droit méconnu. Mais cette situation de meure sans influence sur la nature de l'action. Or, s'agissant d'une action en responsabilité, c'est-à-dire, pratiquement d'une action en dommages et intérêts, la seule question est de savoir quel était le titulaire ou quels étaient les titulaires du droit violé. Il convient donc dans chaque cas, de déterminer l'incidence du dommage, de rechercher quel patrimoine a souffert de la faute commise » (1).

Cette thèse, dominante en doctrine, souligne le but de l'action individuelle, arme mise à la disposition des intérêts particuliers « intéressant un ou plusieurs actionnaires personnellement ou même tous les actionnaires, mais d'une manière distincte et inégale » (2).

Du caractère collectif ou particulier du préjudice, on glisse sur le terrain de l'objet de l'action, par l'exercice de l'action individuelle, l'actionnaire « n'entend nullement faire rétablir l'ordre collectif qui n'est pas troublé par cette réclamation particulière » (3).

Les conséquences logiques de cette distinction découlent de la naissance dans le patrimoine de l'actionnaire de la créance en réparation : la société ne peut donc ni limiter ni empêcher cette action, qui sera exercée conformément aux règles normales de compétence (domicile du défendeur), et non pas au siège de la société (4).

(1) ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, p. 325, n° 1581.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1362, p. 606.

(3) D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 200, n° 265.

(4) THALLER, note D.P., 1913.1.377 ; AMIAUD (LYON-CAEN et RENAULT), n° 827, p. 275 ; PLAISANT, note S., 1947.1.45 ; HAMEL et LAGARDE, I, p. 792, nos 662 et s.

Enfin, cette action pourra être exercée par l'actionnaire lésé, après qu'il ait cédé ses actions (1) parce que, à la limite, la qualité de victime est indépendante de celle d'associé.

§ 2. — L'étendue du préjudice

136. — Alors que dans la première conception l'action individuelle tendait à réparer un préjudice propre à un ou plusieurs actionnaires en cette qualité, en revanche ici « l'action individuelle correspond à un dommage qu'ils éprouvent non dans leur ensemble, mais distinctement, séparément les uns des autres, chacun dans une mesure qui ne correspond plus à sa part d'intérêt » (2).

En d'autres termes, il est possible d'opposer la première thèse, caractérisée par l'uniformité du préjudice par actionnaire lésé, à la seconde, révélatrice d'une diversité du préjudice. L'on ne s'attache plus ici à l'incidence du préjudice, mais à son étendue quantitative.

Sans s'attarder davantage sur cette conception, finalement fort voisine de la précédente, observons que toutes deux admettent indifféremment que l'on se trouve en présence d'actions en responsabilité, pour faute à prouver, — (ou faute prouvée pour respecter la terminologie usuelle) — indépendamment de tout rattachement contractuel : même la première de ces théories, plus axée pourtant sur la qualité d'actionnaire ou d'associé, n'en prétend pas pour autant qu'il existe des liens contractuels dont la violation soit génératrice de responsabilité pour les administrateurs.

La technique demeure donc finalement la même que celle de l'action sociale, quoique le but en soit différent, l'action sociale tendant à protéger « ou reconstituer les ressources d'exploitation ou de liquidation de la personne morale » (3).

Si les deux explications précédentes écartent tout aspect contractuel de l'action individuelle, soucieuses qu'elles sont du préjudice plutôt que de la cause du dommage, en revanche, la troisième conception affiche une conviction plus nette, en ce qu'elle décide généralement que l'action individuelle sanctionne les agissements de type délictuel ou quasi délictuel, en application des dispositions de l'article 1382 du Code civil et suivants.

(1) RIPERT par ROBLLOT, 6^e éd., *op. cit.*, n° 1376, p. 699 ; NOIREL, *op. cit.*, n° 297, p. 206.

(2) Note Levillain sous Paris, 20 mars 1901, D.P., 1904.2.121. Note Griollet sous Paris, 28 mai 1869, D.P., 1869.2.148. THALLER, note sous Paris, 6 mai 1885 précité.

(3) THALLER, note précitée sous Civ., 26 nov. 1912, D., 1913.1.380.

§ 3. — La nature de la faute génératrice

137. Pour une partie de la doctrine, donc, le critérium de distinction de l'action individuelle réside exclusivement dans la cause de l'action. c'est-à-dire dans la nature de la faute commise.

Les tenants de cette thèse décidaient (1) que l'action sociale devait sanctionner les violations des obligations contractuelles de bien gérer contractées par les administrateurs à l'égard de leur mandante, la société. Il était inéluctable que la transposition de ce critère à l'action individuelle conduise ses tenants à décider en cas de faute délictuelle ou quasi délictuelle, qu'il s'agit d'une action particulière et personnelle à la personne lésée.

« Toute personne qui a été lésée par la faute d'un administrateur ou d'un membre du directoire trouve dans l'article 1382 du Code civil, le fondement d'une action en responsabilité contre ce dirigeant. Il s'agit d'une responsabilité délictuelle » (2). Point n'est besoin que les administrateurs sortent de l'exercice de leurs fonctions : il suffit qu'ils sortent du cadre de leur gestion tel qu'il a été tracé par la loi.

Alors en effet, que la faute contractuelle apparaît comme l'inexécution par le débiteur de son obligation, la faute délictuelle ou quasi délictuelle consistant, faut-il le répéter, dans la violation d'une obligation légale préexistante.

Ici, encore, on constate le manquement à une obligation, bien qu'il s'agisse cette fois d'une obligation imposée par la loi. Ici encore, on constate que cette violation constitue une erreur de conduite : un homme avisé se conforme aux prescriptions légales (3). De même, « la faute quasi-délictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances « externes » que l'auteur du dommage » (4).

Ceci a amené une partie de la doctrine et de la jurisprudence à admettre que si les fautes dérivant du mandat de gestion donnaient lieu à l'action sociale, celles qui ont d'autres origines donnent lieu à l'action individuelle (5). Et ces auteurs de préciser qu'« en ce qui concerne les fautes de gestion ayant leur origine dans la violation de la loi et des statuts, il faut, bien que cela soit discuté, les considérer comme donnant lieu à des actions individuelles, car chaque associé doit avoir personnellement le droit de protester individuellement contre des fautes aussi graves » (6).

(1) PIC, note précitée sous Paris, 31 mai 1892, D., 1893, p. 249 et s. ; CHÉRON, note précitée D.P., 1912.1.523 ; LACOUR, note précitée sous Paris, 19 févr. 1897, D.P., 1898.2.153 ; LEVILLAIN, note précitée sous Paris, 20 mars 1901, D., 1904.2.121.

(2) RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 1376, p. 698.

(3) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (4^e éd.), p. 626, n° 673-2.

(4) *Loc. cit.*, p. 423, n° 439.

(5) GAIN et DELAISI, *op. cit.*, p. 293, n° 363.

(6) Cass., 19 mars 1894, S., 1896.1.260 ; Cass., 5 juill. 1933 et 29 oct. 1934, S., 1935.1.89 ; 26 janv. 1938, S., 1939.1.49.

Dès lors comment s'étonner de l'extension qu'a reçue l'action individuelle, tant par son champ d'application que par ses conditions de mise en jeu.

L'unanimité des théories en présence à rejeter toute incidence contractuelle de l'action individuelle, explique que dans un premier temps, elle ait été couronnée de succès, tandis que l'action sociale, primitivement classée parmi les actions contractuelles, se sclérosait, étouffée par les techniques contractuelles.

Comment alors expliquer le succès de l'une par rapport à l'autre, à telle enseigne que le législateur dût intervenir impérativement pour les aligner ? Il faut bien en déduire que l'action individuelle (opposée à l'action sociale d'avant 1938) portait en elle les germes d'une protection suffisante que lui conférait la technique d'une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle.

L'étude des conditions de l'action individuelle démontre assez combien elle fût accueillie favorablement par la jurisprudence, en un temps où le contrat permettait l'impunité aux administrateurs.

SECTION II

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION ET SON EXTENSION

Ces conditions d'exercice révèlent, à tous les niveaux, que le législateur et les tribunaux ouvrirent la voie à une extension de l'action individuelle. Cette extension se manifeste tant en ce qui concerne les sujets exerçant l'action, qu'en ce qui concerne les causes mêmes de l'action.

§ 1. — Les demandeurs à l'action

138. Certes, l'actionnaire, porteur de titres, est au premier chef habilité à ester en justice, saisissant les juridictions de l'action individuelle qui lui appartient en propre. Cependant l'action individuelle intéresse également d'autres personnes, ou ensemble de personnes.

La supériorité de l'action individuelle sur l'action sociale, exercée à titre individuel ou collectif, réside dans le fait qu'elle n'est pas directement rattachée à la qualité d'actionnaire actuel : en d'autres termes, elle ne s'analyse pas en une contrepartie de l'*affectio societatis*, puisque il n'est pas nécessaire d'être actionnaire au moment où est intentée cette action.

S'agissant d'une action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, toute personne ayant subi un préjudice peut l'exercer,

sans que la qualité d'actionnaire concomitante de l'assignation soit un facteur de recevabilité en l'action. L'action « appartient à l'actionnaire qui a souffert le préjudice, et elle demeure sur sa tête bien qu'il ait cédé ultérieurement son action » (1).

Il s'agit encore de l'une des supériorités de l'action individuelle sur l'action sociale que n'a point supprimé le décret-loi du 30 août 1937 extirpant l'action sociale de son contexte contractuel (2).

L'action individuelle, outre l'ouverture aménagée aux anciens actionnaires, s'est vu traiter par la jurisprudence aussi libéralement que l'action sociale exercée *ut singuli*. L'article 17 de la loi du 24 juillet 1867, repris (3) par la loi du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mars 1967, réservait aux actionnaires, représentant au moins un vingtième du capital social la faculté de se grouper à l'effet de soutenir tant en demande qu'en défense, par un mandataire, l'action sociale à l'encontre des administrateurs.

Cette règle fait échec au principe « nul ne plaide par procureur ».

Cette faculté réservée sans équivoque par la loi de 1867 à l'action sociale a été étendue, dans un but de libéralisme certain à l'égard des actionnaires, à l'action individuelle.

139. Le premier arrêt rendu en la matière (4) a nettement réalisé cette extension, suivi par de nombreuses décisions (5).

Certaines réticences avaient accueilli l'attitude de la jurisprudence (6). De plus, la doctrine insistait sur l'originalité de la situation, en rappelant qu'ici, les membres de l'association ou groupe, ne défendent qu'un intérêt individuel et non collectif. La jurisprudence n'accueille généralement de telles actions de groupements de défense que lorsque ces derniers peuvent se prévaloir d'un préjudice collectif, n'admettant en principe pas la demande en réparation de la somme des préjudices subis par les membres composant le groupe (7).

La solution de la réforme de 1966 ne laisse pas apparaître avec netteté les intentions du législateur : certes, l'article 52 de la loi, en ce

(1) RIPERT par ROBLOT, *op. cit.*, n° 1376, p. 699. Voir égal. LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, p. 474, n° 631. Cass., 11 nov. 1873, D., 1876.1.425.

(2) NOIREL, *op. cit.*, *loc. cit.*

(3) Art. 245, loi du 24 juill. 1966 et 200 décr. du 23 mars 1967.

(4) Cass. civ., 19 mars 1894, D., 1894.1.465.

(5) Nancy, 3 août 1907, *Journ. soc.*, 1908.390 ; Amiens, 7 avr. 1911, *Journ. soc.*, 1915.262 ; Orléans, 27 févr. 1904, *Journ. soc.*, 1905.310 ; Civ. sect. com., 17 juill. 1951, *J.C.P.*, 1952.II.7218, *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 845, obs. Rault. Voir également l'analyse par M. NOIREL de cet arrêt *op. cit.*, p. 209, n° 301.

(6) Voir not. ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, p. 369, n° 1613 : « l'unité de l'instance résultant de la signification d'une seule assignation ne saurait masquer la pluralité de demandes qui résulte de la pluralité éventuelle des fautes, et de la diversité, plus généralement constatée, des préjudices causés. Il s'agit en réalité d'autant de procès distincts que le groupement compte d'actionnaires et le jugement à intervenir doit nécessairement tenir compte de la diversité des situations juridiques en cause ».

(7) Cf. GIVERDON, « L'action individuelle des membres d'un groupement », *J.C.P.*, 1955.I.1244.

qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, et l'article 245, en ce qui concerne la société anonyme, prévoient la possibilité de groupement pour exercer tant l'action sociale que « l'action en réparation du préjudice subi personnellement », ce qui semblerait inclure à la faculté de groupement l'action individuelle.

Cependant, l'article 45 et l'article 200 du décret du 23 mars 1967 ne s'appliquent plus qu'à l'action sociale, demeurant silencieux sur le sort de l'action individuelle. Ni l'article 46, ni l'article 201 du décret du 23 mars 1967 n'apportent de démenti à cette affirmation.

Ce silence du décret du 23 mars 1967 est d'ailleurs d'autant plus à souligner que dans une matière voisine, l'action sociale *ut singuli*, la loi a consacré (1) une pratique « bénéficiant du soutien d'une doctrine autorisée » (2), en permettant la possibilité de se grouper pour exercer l'action sociale à titre individuel par les associés d'une société à responsabilité limitée. On a étendu à cette société ce qui avait été admis originellement pour la seule société anonyme.

C'est pourquoi il est étonnant que le décret d'application garde la silence sur l'action individuelle. Certains auteurs (3) en ont déduit — sous l'empire du droit antérieur, cependant — que l'absence de réglementation de l'action individuelle était due à sa rareté, à son caractère exceptionnel.

L'étude de la jurisprudence révèle qu'il n'en est rien : cette dernière a accompli un effort dans le sens de l'extension de cette action, par un élargissement croissant de son champ d'application.

§ 2. — Le rapprochement de l'action individuelle et de l'action sociale

140. Ce rapprochement s'est accompli par un effacement de l'action sociale, au profit de l'action individuelle. De nombreux cas d'ouverture de l'action sociale ont été appliqués à l'action individuelle.

Par ce phénomène, dans de nombreuses hypothèses, il s'est produit une véritable substitution : pour de mêmes faits, chaque fois que l'option était ouverte, les demandeurs à l'action choisissaient l'action individuelle.

Reprenant la distinction selon laquelle l'action sociale naît de la violation d'obligations contractuelles découlant du mandat conféré aux administrateurs, tandis que l'action individuelle naît de la violation d'obligations préexistantes non contractuelles, de nombreuses décisions s'avisèrent très tôt qu'un même acte pouvait

(1) En ce qui concerne la S.A.R.L. : art. 52, al. 3, L. 24 juill. 1966, et 200 et 201 décr. du 23 mars 1967.

(2) TUNC, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XV, p. 39. Voir égal. R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 947 et RODIÈRE, *Rev. trim. dr. com.*, 1961, obs. p. 624.

(3) TUNC, *op. cit.*, p. 39.

constituer simultanément la violation d'un engagement contractuel, et le manquement à une obligation légale.

Il est même apparu (1) que le domaine de ces actes ou faits complexes, générateurs de coexistence entre les deux actions en responsabilité s'élargissait inévitablement, particulièrement lorsque l'on se trouvait en présence d'une violation de la loi ou des statuts : sous le même comportement se retrouvent à la fois un délit au regard de chaque associé, pris personnellement, et un manquement à une obligation « contractuelle » issue du contrat de mandat liant les dirigeants à la société (2).

Dans ces conditions, chaque associé « peut se prétendre individuellement lésé par cette violation des statuts, charte commune acceptée par tous (3), et intenter contre les administrateurs une action individuelle *ex delicto*, basée sur l'article 1382 du Code civil, indépendante de l'action collective de mandat, et dont il ne pourrait être dépouillé par une transaction sur l'action sociale » (4).

Dès lors, par cette « concurrence » (5) des deux actions, il était logique — au moins antérieurement à l'unification de partie du régime juridique des deux types d'actions par le décret-loi du 31 août 1937 — que les actionnaires optent en faveur de l'action individuelle, libre de toute entrave conventionnelle.

La jurisprudence qui a accueilli cette concurrence se place d'ailleurs, à l'origine, antérieurement à 1937, sous l'empire des diverses clauses limitatives de responsabilité : ainsi un véritable domaine particulier a bénéficié à l'action individuelle, qu'elle a cependant conservé malgré la disparition de droit antérieur : advenant la réforme de l'action sociale en 1937, cette concurrence eut normalement dû disparaître, puisqu'elle était née de la sclérose de l'action sociale.

En d'autres termes, la suppression de la cause n'a pas eu, postérieurement à 1937 la suppression de l'effet, et l'action individuelle a ainsi bénéficié d'un domaine « acquis », qui semble demeurer sien aujourd'hui encore. Comment ne pas constater ici le déclin de la

(1) FRAISSINGEA, *Annales de droit commercial*, 1907, p. 389. *Contra* : THALLER, dans note au D.P., 1913.1.378.

(2) Il est bien évident que nous continuons à utiliser le mot mandat, malgré les conclusions dégagées jusqu'ici dans le présent ouvrage, à seule fin de démontrer que même au sein de la doctrine admettant l'existence d'un contrat, se posent des problèmes issus justement de l'existence de ce contrat. Ainsi, même si les tenants de la thèse du mandat se voient contraints d'en appeler à une responsabilité extra-contractuelle, à plus forte raison les tenants d'une responsabilité légale ne peuvent qu'y trouver de nouveaux arguments.

(3) Une telle terminologie n'est d'ailleurs admissible qu'en supposant que les statuts reproduisent fidèlement les dispositions légales, faute de quoi l'on ne comprendrait pas que la violation de la charte des parties entraîne une responsabilité délictuelle.

(4) PIC, note précitée au D.P., 1893.2.251.

(5) Cf. notes précitées : PIC, LACOUR, LEVILLAIN, CHÉRON et la jurisprudence citée, déjà indiquée plus haut ; ROUSSEAU, *Des sociétés commerciales*, t. 4, n^{os} 1615 et s. ; DELOISON, *Traité de sociétés commerciales*, t. 2, n^{os} 450 et s.

responsabilité contractuelle, alors que les causes originaires de ce déclin n'existent plus depuis longtemps !

Force est de reconnaître que dans une telle situation, « l'action sociale *ut singuli* est donc uniquement fondée sur une faute de gestion de nature purement contractuelle, et tendant à la réparation d'un préjudice causé au demandeur en tant qu'ayant droit à une partie des bénéfices, et des réserves de la société. Les exemples en sont naturellement assez rares » (1).

141. Affirmer le caractère individuel d'une action tendant à réparer le dommage causé par une faute délictuelle ou quasi délictuelle apparaît cependant ici paradoxal, car par essence, le délit ou la faute civile ont concerné « la chose sociale », c'est-à-dire, la personne morale, son fonctionnement ou son patrimoine : la faute délictuelle ou quasi délictuelle a un aspect objectif, qui par hypothèse lui confère un impact sur tout ce qui concerne la société, et sur tous ceux qui y sont reliés. Ceci résulte d'ailleurs des termes même des arrêts rendus au plus haut niveau, puisque la Cour suprême considère comme individuelle l'action fondée sur un délit, et tendant à la réparation d'un préjudice particulier, « abstraction faite du préjudice subi par les autres associés » (2).

Nombreuses sont les espèces identiques, et partant, les solutions similaires (3). En revanche, rares sont les décisions admettant la concurrence entre l'action sociale et l'action individuelle, en appliquant à la seconde le régime de la première.

Un arrêt de la Cour d'Angers confond l'action individuelle et l'action sociale *ut singuli*, admettant que la première puisse être interdite ou restreinte par une clause expresse des statuts (4).

L'on assiste ainsi à une valorisation de l'action individuelle, à laquelle sont reconnues plus ou moins nettement des fonctions dans la vie sociale (5), en tant que moyen d'échec à l'abus du pouvoir majoritaire.

La preuve de cette valorisation résulte d'un arrêt rendu par la Cour de cassation (6) le 12 avril 1967, consacrant, alors que les impé-

(1) NOIREL, *op. cit.*, p. 207, n° 299. M. Noirel cite notamment à ce sujet un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 20 janv. 1936 (*Gaz. Pal.*, 1936.1.572) : à un actionnaire réclamant dans la caisse sociale une somme dépensée au titre de « commissions et frais de publicité spéciale », il fut répondu que le fait pour les administrateurs de n'avoir commis ni délit, ni quasi-délit faisait de l'action engagée une action sociale *ut singuli*, irrecevable en l'espèce, compte tenu du vote du quitus.

(2) Crim., 26 janv. 1938, S., 1939.1.49, note Rousseau.

(3) Trib. com. Seine, 23 déc. 1935, *Gaz. Pal.*, 1936.1.468 ; Req., 30 sept. 1940, *Gaz. Pal.*, 1940.2.169 et Req., 30 oct. 1945, S., 1947, note Plaisant précitée.

(4) Angers, 19 mai 1891, D.P., 1892.2.81, note Boistel. Voir égal. Pic, note précitée au D.P., 1893.2.250.

(5) D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 211, n° 278. Voir égal. Claude BERR, *op. cit.*, p. 128, n° 288.

(6) Crim., 12 avr. 1967, *Bull. crim.*, 1967, n° 119.

ratifs issus de l'état du droit antérieur à 1937 ont disparu, la théorie des fautes de gestion et des fautes délictuelles. Cette confirmation apparaît d'autant plus digne d'intérêt qu'à l'origine, cette théorie avait subi les critiques d'une partie de la doctrine, et particulièrement de Thaller (1), pour lequel cette superposition d'actions individuelles à l'action sociale était inadmissible, et entraînait une charge intolérable, pour les administrateurs, fondés à se mettre immédiatement « en grève »...

Ainsi, par l'extension constante qu'elle a connu, l'action individuelle a ouvert la voie à un développement de la responsabilité légale des dirigeants sociaux. Elle a toujours eu, cependant, au regard des intérêts de la personne morale, une grave limite : la restriction de son objet au montant du préjudice personnellement subi par le demandeur. De ce chef, si sa mise en œuvre était relativement facile, ses effets demeuraient limités.

Malgré cette insuffisance, cette action était jusqu'à la réforme de 1966, supérieure à l'action sociale exercée à titre individuel : pour une fin identique en effet, cette dernière subissait des conditions plus pesantes de mise œuvre.

(1) Note précitée au D.P., 1913.1, p. 378.

CHAPITRE III

L'ACTION SOCIALE EXERCÉE « UT SINGULI » : ACTION LÉGALE

142. Cette action sociale minoritaire constitue l'une des institutions les plus remarquables de notre droit, et ce pour plusieurs raisons. Il convient de rappeler qu'à l'origine, il ne s'agit en droit français que d'une technique prétorienne, échafaudée par la jurisprudence sur l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867, afin de mettre en échec l'impunité abusivement aménagée par les responsables contrôlant la majorité de la société.

Dès l'origine, donc, malgré le désir de respecter l'initiative des dirigeants, est apparue la nécessité d'une voie subsidiaire au cas de carence de ces derniers à agir en responsabilité.

La première originalité de cette action sociale minoritaire, « institution dangereuse qu'il est indispensable de maintenir dans de justes limites » (1) consiste déjà dans l'effort d'interprétation, voire d'imagination qu'a dû déployer la jurisprudence pour la créer à partir du texte suivant : « Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants, ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel » (2).

Le raisonnement des magistrats s'articulait essentiellement sur l'incidence finale du texte, et le renvoi à l'action individuelle, pour conclure qu'il ne pouvait s'agir ici que de l'action sociale. Certains auteurs critiquèrent cette opinion, en faisant valoir « qu'un pareil argument ne laisse pas d'être un peu précaire » (3).

Dès que se succédèrent les décisions admettant l'exercice par un

(1) VAN OMMESSLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, 1960, p. 254.

(2) Art. 17 de la loi du 24 juill. 1867, al. 1^{er}. Cependant dès avant la loi de 1867, un arrêt estimait que l'actionnaire avait qualité pour intenter l'action sociale : Req., 27 déc. 1853, D., 1854.1.145.

(3) THALLER, note précitée au D.P., 1913.1.378.

actionnaire de l'action sociale (1), nombreuses furent les critiques apportées à cette jurisprudence, suscitant de nombreuses controverses (2).

Force fut d'admettre, cependant, que tout au long de son histoire, cette action en responsabilité suivit une évolution tendant à la perfectionner, les arrêts précédant les lois.

C'est en effet le décret du 23 mars 1967 qui vint mettre une touche finale aux conditions d'exercice de cette action : soulignant son but social, le texte maintient les facilités de mise en œuvre progressivement élaborées par les tribunaux.

Cette recherche de perfection a connu deux phases : la première tendant à libérer les actionnaires de toute contrainte conventionnelle, quant à la mise en mouvement même de l'action, — la seconde, une fois acquise la liberté de mise en mouvement de l'action, tendant à faire réellement de l'action sociale exercée à titre individuel une véritable action sociale.

En effet, avant que d'en arriver au second stade par le décret du 23 mars 1967, le droit positif traitait l'action sociale *ut singuli* de manière équivoque, de telle sorte que « l'action était sociale en raison de la nature du préjudice dont se plaignait l'actionnaire, et particulière en raison de son objet » (3).

Il faut donc rechercher, au niveau des conditions d'exercice d'abord, — du résultat de l'action ensuite, — si la responsabilité qui va sanctionner l'action sociale *ut singuli* est de nature contractuelle ou légale : Ici encore, la responsabilité des dirigeants sociaux, malgré le caractère contractuel assigné par quelques auteurs à l'action sociale, ressortit au domaine légal.

Le libéralisme de la mise en œuvre de l'action sociale *ut singuli*, peut être opposé à l'efficacité collective de cette action.

(1) Paris, 16 avr. 1870, D.P., 1870.2.121 ; Req., 9 juin 1874, D.P., 1876.1.387 ; Paris, 30 juin 1883, D.P., 1885.1.339 ; 6 mai 1885, D.P., 1886.2.25, note Thaller, etc... (voir jurisprudence citée dans note Levillain au D., 1904.2.121 et note sous Civ., 30 mars 1909, D.P., 1912.1.174 et les références citées par M. CHESNE, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 348, notes.

(2) Cette action a trouvé en France de nombreux contradicteurs M. LABBÉ, note au S., 1885.1.97 ; M. THALLER, note au D.P., 1886.2.25 ; M. VAVASSEUR, *Traité des sociétés*, n° 746 ; BOURGART, *op. cit.*, p. 234. Voir à ce sujet : LACAN, *Rev. soc.*, 1949, p. 223 ; PERROUD, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires*, thèse Lyon, 1901 ; VILLEMIN, *Des actions sociales et individuelles dans les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes*, thèse Nancy, 1899, p. 47 et s.

(3) D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 211, n° 279.

SECTION I

LE LIBÉRALISME DE LA MISE EN ŒUVRE
DE L'ACTION SOCIALE « UT SINGULI »

143. L'étude de cette mise en œuvre permet d'affirmer de façon certaine que loi et jurisprudence ont tenté d'élargir les possibilités pour les actionnaires d'agir, en brisant les limites de nature contractuelle traditionnellement attachées à une action sociale fondée sur le mandat.

Il ne faut pas oublier, cependant, qu'il s'agit d'une action subsidiaire, conférée aux actionnaires pour pallier la carence des représentants normaux de la société, mûs par une indulgente solidarité, ou simplement la crainte d'une action difficile à intenter (1) : il est normal que l'exercice antérieur de l'action sociale *ut universi*, ou majoritaire, rende irrecevable l'action *ut singuli*.

Malgré ce caractère subsidiaire, l'action a été protégée par les tribunaux et le législateur dans sa mise en œuvre quant à la personne des demandeurs, et à leur liberté d'action.

§ 1. — C'est une action subsidiaire

144. S'agissant de la mise en mouvement de l'action sociale, tendant à reconstituer le patrimoine social, il était logique de ne permettre son exercice qu'au cas de carence des représentants légaux de la société, et tant que cette action existait encore.

Les causes d'extinction de l'action sociale opposables aux actionnaires sont donc diverses, encore que le décret-loi du 31 août 1937 les ait considérablement réduites.

Tout d'abord, il faut citer le quitus, donné par la société à l'administrateur, et qui avait pour effet, avant 1937, d'éteindre l'action sociale, et partant l'action individuelle à but social (2).

D'autre part, une transaction intervenue entre le dirigeant et la société éteignait l'action sociale (3) ou encore, l'approbation des actes de l'administrateur par l'assemblée générale avait le même effet (4).

(1) RIPERT et ROBLOT, 6^e éd., p. 697, n° 1375 ; ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, p. 350 et 351, n° 1601 ; HOMMEX, *La responsabilité personnelle des administrateurs dans la gestion de la société anonyme*, thèse Paris, 1936, p. 74 et s.

(2) Req., 27 avr. 1937, *Journ. soc.*, 1938.476 ; Crim., 26 janv. 1938, S., 1939.1.49. Voir également, pour le cas de renonciation à agir en responsabilité : Paris, 5 déc. 1925, *Journ. soc.*, 1926.660 ; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, 6^e éd., n° 1375, p. 698 ; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 210, n° 277.

(3) Cass. civ., 4 févr. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.1.528 ; Crim., 30 avr. 1891, D.P., 1891.1.491.

(4) Approbation des actes par l'assemblée : Trib. com. Seine, 27 mai 1935, S., 1935.2.146 ; Trib. com. Seine, 20 janv. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.572.

Dans une telle hypothèse, la seule possibilité ouverte à l'actionnaire était une action préalable en nullité de la résolution adoptée, pour abus de majorité (1). C'est la raison pour laquelle le décret-loi du 31 août 1937 était venu empêcher toute décision de l'assemblée générale d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants ou les membres du conseil de surveillance pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.

Le même processus se retrouve lorsque la société est dissoute : la subsidiarité reparaît l'action n'étant recevable qu'au cas d'inaction du liquidateur (2).

Depuis 1937, donc, la subsidiarité n'est pas un obstacle important, lorsque la société est du moins *in bonis* : les causes d'extinction principales de l'action sociale ont disparu. Qu'en est-il lorsque la société est dessaisie ?

Lorsque la société était dessaisie, par suite d'un jugement déclaratif de faillite ou de règlement judiciaire, les tribunaux, faisant de l'action sociale minoritaire une action particulière, limitaient le droit à réparation des actionnaires l'exerçant à la fraction de capital par eux possédée. Ils limitaient donc son droit à réparation à la part du dommage correspondant à la portion de capital social détenue par l'actionnaire.

Dès lors la mise en règlement judiciaire ou en faillite de la société voyait l'action minoritaire sociale jugée irrecevable.

Cette solution était parfaitement étrangère à l'inspiration originelle de la jurisprudence dans la construction de l'action sociale minoritaire. Elle était cependant logique et en harmonie avec l'attribution de dommages-intérêts pratiquée : l'action particulière couramment admise n'avait plus rien de social, puisqu'elle réparait un préjudice personnel.

En conséquence, admettre postérieurement à un jugement déclaratif de faillite une telle action, aboutissait à permettre à un ou plusieurs actionnaires de s'enrichir au détriment des autres créanciers sociaux. Fondés à conserver par devers eux les sommes obtenues à titre de réparation du dommage social, à concurrence de leur mise, les actionnaires seraient devenus en quelque sorte des privilégiés avant la lettre.

Ceci eut été contraire à la défense qui leur est faite (3), de se faire

(1) Action en nullité d'assemblée : SCHMIDT, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, p. 352, n° 1601 ; HAMULKI, *op. cit.*, p. 236, n° 185.

(3) Ceci fait dire à MM. Escarra et Rault (*op. cit.*, p. 353) : « Or, à la limite, c'est-à-dire au cas où tous les actionnaires exerceraient l'action sociale *ut singuli*, comme les administrateurs responsables ne peuvent être tenus qu'à concurrence du dommage causé, le syndic qui viendrait par la suite à exercer l'action en responsabilité serait nécessairement débouté de sa demande. Ainsi, l'actionnaire ou les actionnaires seraient payés au détriment des créanciers sociaux ».

La jurisprudence n'hésita jamais, au nom du dessaisissement à dire irrecevable l'action sociale minoritaire : Req., 11 nov. 1885, S., 1886.1.455 ; Req.,

rembourser leur mise dans la société avant le désintéressement des créanciers sociaux.

La loi de 1966 et le décret du 23 mars 1967 ont condamné le système de la réparation du préjudice particulier, pour faire réellement de l'action minoritaire une action sociale, tendant à « reconstituer le fonds social » (1), « à reconstituer ses ressources d'exploitation ou de liquidation » (2).

Il semblerait donc aujourd'hui logique d'admettre que le règlement judiciaire ou la liquidation de biens (3) de la société, ne font plus obstacle à l'action sociale *ut singuli*, au cas d'inaction du syndic, et cela à raison de ce que la société, en la personne de ses représentants légaux, sera nécessairement appelée aux débats et bénéficiera seule du montant des condamnations à intervenir.

Ici encore, la subsidiarité ne s'analyse pas en un obstacle à l'exercice de l'action sociale minoritaire, expression de la théorie institutionnelle : rien, excepté la loi, ne justifie ce pouvoir d'agir individuellement de l'actionnaire, sans lien de droit avec les dirigeants sociaux (4).

Bien que subsidiaire, cette action sociale appartient à des organes de la société. Cette affirmation apparemment audacieuse répond cependant à un courant doctrinal moderne. La grande difficulté théorique de l'action exercée *ut singuli*, exprimée par le malaise de la jurisprudence à son sujet, résidait dans l'origine du pouvoir d'agir de l'actionnaire. C'est cette difficulté qui avait conduit les juridictions à individualiser le préjudice réparé par cette action dénommée sociale.

Cependant une tendance récente voit dans la minorité un élément de la structure de la société, — à la condition que cette minorité défende l'intérêt social, — et non un intérêt propre (5).

L'étude des demandeurs à l'action le révèle : l'action sociale exercée individuellement est pleine d'intérêt en ce qu'elle est le signe d'une certaine « structure minoritaire », jugée digne de protection par le législateur.

23 juill. 1889, D., 1891.1.53 ; Paris, 10 juill. 1946, *Gaz. Pal.*, 1946.2.256. Plus récemment, Cass. com., 3 juill. 1968, *Bull.* IV, n° 129, et Cass. com., 24 juin 1969, D., 1969.J, p. 8.

(1) HAMEL et LAGARDE, I, p. 790, n° 662.

(2) THALLER, note au D.P., 1913.1.380.

(3) L. 13 juill. 1967 et décr. 22 déc. 1967.

(4) Voir à ce sujet n° 188 et s.

(5) Cf. Le remarquable ouvrage de M. D. SCHMIDT, déjà cité, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey.

§ 2. — Les demandeurs à l'action

145. Traditionnellement, l'action « mandati » est l'apanage exclusif du mandat, qui seul a subi un préjudice de la mauvaise exécution du mandat.

L'actionnaire, petit porteur souvent, opposant parfois, et se trouvant toujours dans la situation d'un véritable créancier, plutôt que d'un associé, avait en effet la réputation d'un spéculateur, « songeant davantage à placer ailleurs ses capitaux qu'à redresser les torts commis » (1).

A ce créancier, l'action individuelle devait suffire, et il semblait superflu de lui accorder une arme à but collectif. Ceci explique la construction prétorienne limitant la réparation du préjudice subi à la fraction de capital détenue.

Déjà, quant à la participation aux assemblées, le minoritaire, opposant en puissance, est l'objet d'une certaine discrimination (2), confiné dans un isolement que tolère le législateur.

Déjà, cependant, la loi du 24 juillet 1867 avait en ce domaine innové, permettant à des actionnaires réunissant le vingtième du capital social de se grouper pour agir.

Hormis le cas de groupement prévu par le législateur, chaque actionnaire détenait certes le pouvoir d'exercer l'action sociale, à la condition qu'il agit individuellement et personnellement : une telle exigence excluait qu'il se fit représenter par un mandataire (3).

La faculté de se faire représenter en revanche apparaissait avec la réunion de plusieurs actionnaires détenant au moins le vingtième du capital social (4). Cette solution allait encourager les actionnaires, porteur d'une faible quantité d'actions, à intervenir plus facilement dans la vie sociale (5).

Il convient de rappeler que cette possibilité, étendue par la jurisprudence à l'exercice de l'action individuelle, a vu le jour à

(1) Cf. LABBÉ, note S., 1885.1.97; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. II, n° 827 bis; THALLER et PIC, *op. cit.*, t. III, n° 1567; CHESME, *loc. cit.*, p. 351.

(2) Il convient de citer par exemple la clause fermant aux actionnaires non titulaires d'un certain nombre d'actions déterminé par les statuts la porte des assemblées. Pour superfaitatoire qu'elle soit, elle apparaît peu démocratique, et il est surprenant qu'ignorée des législations européennes, elle ait pu subsister dans la loi de 1966. Elle existe certes, dans une acceptation limitée, puisqu'elle est réputée non écrite en tant qu'elle s'applique aux assemblées extraordinaires (art. 166, L. 24 juill. 1966) et qu'elle est tolérée pour les assemblées ordinaires, à la condition que le minimum d'actions exigé soit de 10 (voir DALSACE, « Du droit des actionnaires de participer à l'assemblée générale ». *Gaz. Pal.*, 1938.1, Doc. 6^e; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 87).

(3) Article 17, alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 concernant les sociétés en commandite par actions, texte étendu aux sociétés anonymes par l'article 39 de la même loi.

(4) ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, p. 355, n° 1603.

(5) ESCARRA et RAULT, t. IV, p. 358, n° 1606; RIPERT, DURAND et ROBLLOT, n° 1025, p. 565.

propos de l'action sociale exercée à titre individuel. C'est le but social poursuivi qui a servi de moteur à cette création — but social encore accentué avec la loi de 1966.

Ce but a conduit la jurisprudence à décider que l'ancien actionnaire ne pouvait agir, la cession des actions emportant transfert de l'action sociale au successeur (1).

146. En revanche, désormais, l'action sociale exercée par un groupe d'actionnaires détenant au moins le vingtième du capital social devait être prise en considération au moment de l'assignation : la perte de la qualité d'actionnaire de certains demandeurs originaires, par exemple, étant sans influence sur l'issue de l'action (2).

Ces solutions ont conforté la position de la minorité : « certes la minorité accuse une infériorité certaine par rapport aux organes légaux de la société : sa consistance et la limitation de son rôle au contrôle, exclusif de tous pouvoirs de décision, l'empêchement d'occuper une position structurée et permanente dans la hiérarchie sociale. Mais l'évolution va en sens contraire : l'exigence de plus en plus fréquente de la réunion d'un capital minoritaire minimal, le droit de groupement, la persistance de ce groupement malgré le désistement de partie de ses membres, contribuent à donner à la minorité, que l'on qualifiait de reliquat inorganisé, une place et une structure dans l'organisation sociale » (3).

C'est donc à propos de la personne des demandeurs à l'action que le législateur a fait progresser la notion de minorité, conférant à celle-ci le statut « d'organe de fait », ou tout au moins, lui permettant de remplir cette fonction (4).

Il était normal que cette action échappe au domaine contractuel, pour entrer dans le domaine légal, seul susceptible de protéger efficacement les actionnaires, et la société. L'extension de cette technique à la société à responsabilité limitée le confirme (5).

L'aboutissement de cette évolution, en ce qui concerne du moins l'action sociale, se vérifie avec les effets de l'action sociale exercée *ut singuli* : le but de cette action lui confère définitivement ses lettres de noblesse.

(1) NOIREL, *op. cit.*, p. 206, n° 297. Cf. R. A. LACAN, *Le Monde*, 28 août 1970, p. 19 ; Cass. civ., Ch. com., 26 janv. 1970, *Bull. inf.*, 1970.344.

(2) Art. 45 et 200. al. 2, décr. 23 mars 1967.

(3) M. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 196, p. 258 : voir not. les textes cités note 1...

(4) V. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 196, n° 258.

(5) L. 24 juill. 1966, art. 52. Nous n'avons cessé dans cette étude de signaler le sort de la société à responsabilité limitée en soulignant chaque fois combien ce problème marginal avait de signification sur les tendances profondes du droit des sociétés commerciales.

SECTION II

L'EFFICACITÉ COLLECTIVE DE L'ACTION SOCIALE
EXERCÉE « UT SINGULI »

147. L'intérêt présenté par ce problème tient à la recherche de la nature juridique de la responsabilité mise en jeu.

En effet, la jurisprudence a été manifestement gênée pour permettre à l'actionnaire de demander la réparation de l'entier préjudice social : cette gêne fut si grande qu'elle avait abouti à une sclérose de l'action, limitant son effet au seul actionnaire.

Or c'est justement l'absence de fondement juridique d'une telle action qui avait conduit à cette conclusion. Conserver la conception contractuelle de la responsabilité aboutissait à constater l'absence de lien de droit entre les actionnaires et les dirigeants sociaux, et partant à refuser aux actionnaires tout intérêt à agir pour protéger les intérêts collectifs.

Admettre en revanche une responsabilité légale, détachée de tout contexte subjectif et contractuel, permet à l'actionnaire de mettre fin au désordre social. Le but entier de l'action sociale *ut singuli* est conditionné par la conception d'ensemble que l'on a de la responsabilité des dirigeants sociaux.

§ 1. — Responsabilité contractuelle
et intérêt particulier

Le pouvoir de l'actionnaire d'agir *ut singuli* trouve mal sa source dans la conception contractuelle qui avait accompagné la consécration du mandat dans les rapports sociaux.

Outre les arguments de texte (1) généralement invoqués, nous avons vu (2) que ni la méconnaissance au plan interne de la personnalité morale, conduisant à admettre que les actionnaires ne pouvaient se la voir opposer, et leur attribuant un droit propre résultant du contrat de mandat (3) — ni la théorie du double mandat (4) n'ont retenu les suffrages de la jurisprudence.

Les explications les plus souvent admises entraînent un double

(1) Il a toujours été soutenu que le fait d'exercer l'action sociale en demande ou en défense (art. 17, L. 24 juill. 1867 et 245, L. 1966 et 46 et 200, décr. 23 mars 1967), semblait comporter une antinomie. « Il paraît en effet difficile de reconnaître à l'action dirigée contre les actionnaires le caractère d'action sociale », CHESNE, *op. cit.*, p. 353.

(2) Voir *supra*, p. 19 et s.

(3) HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, t. II, n° 1368 ; LACAN, « L'action sociale exercée *ut singuli* », *Rev. soc.*, 1946, p. 223.

(4) J. PERROUD, thèse précitée, p. 92 et s.

régime au sein des actions sociales exercées à titre individuel : tantôt la protection individuelle des actionnaires permettra également la protection sociale, — tantôt l'action perdra tout caractère social.

a) *Le respect du but social.*

148. Il en est ainsi de toutes les actions tendant à suppléer à l'inaction ou à la carence des organes : chaque fois qu'une règle de fonctionnement de la société se trouve violée, ou qu'une norme constitutionnelle se trouve méconnue, la sanction, selon la jurisprudence est indivisible. Une nullité à effet partiel serait mal comprise.

Ainsi tout trouble fonctionnel, pouvant être supprimé et suivi d'une remise en ordre de la société, revêt un caractère collectif nécessaire : la réparation d'un tel trouble par voie d'action individuelle aura nécessairement un caractère collectif (1).

L'argument invoqué de l'indivisibilité d'une nullité dans l'arrêt de la Cour suprême du 28 juin 1943 semble cependant peu convaincant : une responsabilité pécuniaire des dirigeants, sanctionnant une mauvaise gestion, répare un préjudice social également, — difficilement dissociable, ou divisible en réalité (2).

Il faut souligner qu'une disposition de la nouvelle loi confère à l'action minoritaire une effectivité indirecte : la demande en nullité (3) exercée par un actionnaire s'éteint lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister au jour où le tribunal statue sur le fond, en première instance. Dès lors, la collectivité, impuissante à empêcher une telle action, est contrainte de couvrir le vice avant que ne statue le tribunal.

On ne pouvait mieux reconnaître, et de façon plus positive à la minorité un rôle déterminant dans le contrôle de la bonne marche de la société, et de manière plus positive.

Ainsi, l'exigence d'une intervention positive de la justice, ayant pour but de prononcer une nullité, ou de nommer un organe légal, aboutit à conférer à l'action *ut singuli* sa véritable vocation sociale.

A l'exclusion de l'hypothèse d'une demande en nullité, la jurisprudence a régulièrement réduit l'action sociale *ut singuli* à une simple action particulière.

(1) Cass. com., 28 juin 1943, *J.C.P.*, 1944.II.2516, note Bastian ; Rennes, 17 oct. 1966, *Rev. soc.*, 1967.40.

(2) SCHMIDT, *op. cit.*, n° 280, p. 212. Voir égal. BASTIAN, note sous Lyon, 5 mars 1951, *J.C.P.*, 1951.II.6562.

(3) Article 362 de la loi du 24 juillet 1966, modifié par l'article 5 de la loi n° 67-16 du 4 janvier 1967, la seule exception à cette possibilité de couvrir la nullité réside dans le fait qu'elle soit fondée sur « l'illicéité de l'objet social » (ancienne rédaction, L. 1966, « fondée sur la violation de l'ordre public et des bonnes mœurs »).

b) *L'action sociale « ut singuli » : action particulière.*

149. Traditionnellement, la jurisprudence a décidé que l'actionnaire ne pouvait conclure que dans la limite de ses propres intérêts⁽¹⁾. L'actionnaire, agissant individuellement, n'avait pas intérêt à réclamer la réparation de l'entier préjudice social (2).

Était donc « irrecevable l'action intentée par un groupement de défense des actionnaires agissant au nom de la société en vue d'obtenir l'indemnisation intégrale du préjudice prétendument subi par elle » (3). Cela apparaissait d'autant plus remarquable que l'on ne pouvait soupçonner les actionnaires d'agir dans un but pécuniaire personnel : ces derniers avaient en l'espèce réclamé dans leur assignation le paiement du dommage aux mains de la société, ne sollicitant pour eux-mêmes, nommément et de façon précise, que les indemnités réparatrices du trouble entraîné par la procédure engagée.

La Cour suprême affirme à loisir que les actionnaires ne représentent pas la société, et n'ont donc le droit de conclure que dans la limite de la fraction du capital social qu'ils détiennent.

La logique conduisait donc à admettre que l'actionnaire ait un droit absolu sur l'indemnité réparatrice : demandant en son nom réparation du préjudice dont il devait rapporter la preuve, l'actionnaire se voyait accorder le droit de conserver par devers lui l'indemnité compensatrice (4).

Devant la « méconnaissance de la nature juridique de l'action exercée » (5), celle-ci ne pouvant plus servir à assurer la reconstitution du patrimoine social, — vocation pourtant affirmée de l'action sociale (6), une réaction s'est produite : elle s'appuie sur l'aspect institutionnel de la société, et sur le rôle d'organe de contrôle de la minorité.

Cette réaction fut favorisée par une constatation : cet actionnaire agissant *ut singuli* pouvait certes triompher dans son action. Ce

(1) ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, 4, n° 1601-4 ; HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, t. II, n° 1369 ; LYON-CAEN et RENAULT par AMIAUD, 5^e éd., n° 827 *ter* ; THALLER et PIC, t. III, n° 1576 ; BOURCART, note S., 1921.2.257 ; Cass., 7 mai 1871, D., 1872.1.233 ; 9 mars 1874, D., 1876.1.387 ; Cass., 3 mai 1893, *Journ. soc.*, 1893, p. 467 ; 6 août 1894, S., 1894.1.496 ; 30 mars 1909, D., 1913.1.174 ; Cass., 23 juill. 1931, *Journ. soc.*, 1933, p. 15, note Decugis ; Trib. com. Seine, 2 avr. 1951, S., 1951.2.151 et Cass. com., 4 août 1952, *J.C.P.*, 1952.II.7180, note Lescot ; CHESNE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 365 ; Com., 12 oct. 1955, *Rép. Commaile*, 1955.137, note Dalsace.

(2) GIVERDON, « L'action individuelle des membres d'un groupement », *J.C.P.*, 1955.1.1244.

(3) Montpellier, 3 déc. 1964, D.S., 1965, p. 264, *Journ. soc.*, 1967, p. 264.

(4) Angers, 19 mai 1891, D., 1892.2.81 ; Req., 6 août 1894, S., 1894.1.496 ; Req., 31 juill. 1895, D., 1896.1.260 ; Nancy, 23 juin 1906, S., 1908.2.137. *Contra* : Lyon, 28 janv. 1890, D., 1892.2.33, note Boistel ; Paris, 22 mars 1911, S., 1912.2.65, note Wahl.

(5) CHESNE, *op. cit.*, p. 368.

(6) La loi n'a jamais cessé de confirmer ce but, Décr.-L. 31 août 1937 par exemple.

faisant, il lui était alloué une indemnité dont la société ne profitait nullement, puisqu'elle n'entrait pas dans son patrimoine, et cela bien que l'action sociale fût dans le patrimoine social.

Dès lors, le succès de l'action minoritaire n'était d'aucune utilité pour la société, l'actionnaire rempli de ses droits par l'octroi d'une somme d'argent n'ayant plus qualité pour agir, et le désordre social n'étant pas supprimé.

En revanche, l'action sociale à titre individuel étant rejetée, il y avait chose jugée à l'égard de la société : la perte d'un procès par l'actionnaire, pourtant seul à en bénéficier au cas de succès, privait la société du droit de faire sanctionner les mêmes faits (1).

Si cette autorité absolue se justifie dans le cas où l'actionnaire demande au tribunal une décision positive : nomination d'un commissaire aux comptes, ou convocation d'une assemblée, elle se justifie encore dans l'hypothèse où la nullité d'une assemblée ou d'une résolution est demandée. Mais à l'inverse, s'agissant d'une demande en dommages-intérêts, ou en une condamnation pécuniaire, il semble pour le moins surprenant que la société, qui ne bénéficiait pas, avant 1966, du montant des causes du procès, se voie à son tour frustrée du droit d'agir.

L'étude même de la jurisprudence n'apporte aucun éclaircissement : l'arrêt précité du 30 mars 1909 indiquait cependant que l'actionnaire ne représente pas la société (2).

De même, récemment, la Cour de Montpellier (3) reprenait le même thème, affirmant que « si les actionnaires, agissant *ut singuli*, peuvent intenter l'action sociale, à défaut des représentants légaux de la société qui s'en abstiennent, c'est à la condition de ne conclure qu'en leur nom personnel, à la réparation du préjudice individuel, et non point au nom de la société, qu'ils ne représentent pas... ».

Cet excès de précautions pour rappeler que les actionnaires exerçant l'action sociale *ut singuli* ne représentent pas la société, n'empêche cependant pas la doctrine de décider que l'autorité absolue de la chose jugée s'imposera à la société si l'actionnaire échoue dans sa tentative (4).

(1) CHESNE, *op. cit.*, p. 361, n° 20.

(2) D.P., 1913.1.174.

(3) D.S., 1965, p. 264, précité.

(4) La justification de cette conséquence pour la doctrine classique, résidait dans le fait que la société, présente aux débats, représentait l'ensemble des actionnaires, bénéficiant ou subissant directement, selon les résultats de l'action (THALLER, *op. cit.*, *Ann. dr. com.*, 1903.303 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, II, n° 1369 ; HÉMARD, *Traité*, p. 626, n° 480 ; AMIAUD, *op. cit.*, p. 198, n° 117). Cette prétention méconnaît d'une part que la société peut parfaitement être étrangère aux débats : cas d'une demande en responsabilité dirigée contre les administrateurs en fonctions. Elle ignore d'autre part le but même assigné par la jurisprudence à l'action sociale *ut singuli*, savoir la réparation d'un préjudice exclusivement individuel. Voir à ce sujet : SCHMIDT, *op. cit.*, p. 222 et s. : H. CHESNE, *op. cit.*, p. 362, n° 20.

C'est pourquoi un courant opposé à cette construction artificielle s'est dégagé, partant de la nécessité de protéger la société en conférant à l'action *ut singuli* sa véritable vocation. Fondé sur le rôle de contrôle attribué à la minorité, et sur le caractère institutionnel croissant de ces sociétés, ce courant a abouti à la refonte totale du système, souhaitée par de nombreux auteurs (1).

§ 2. — Responsabilité légale et protection sociale

150. La jurisprudence, partant d'une conception contractuelle de la société, ne peut justifier exactement la source des pouvoirs de l'actionnaire. Tant que le contrat est en filigrane, l'action sociale doit mener à une impasse.

En revanche, une conception fonctionnelle et organique justifie l'action sociale exercée à titre individuel, et son efficacité.

Axer l'action en responsabilité conférée à l'actionnaire pris isolément sur le fonctionnement même de l'organisme social, dans le cadre des règles légales, aboutit à « donner à ces droits individuels de l'actionnaire, un caractère politique au sens large du mot... Les organes de la société n'ont pas un pouvoir souverain. L'actionnaire qui défend son droit concourt par cette défense à la limitation de ce pouvoir. Il maintient la construction juridique dans sa régularité » (2).

Sous la même plume, l'on trouve l'idée à un niveau plus élevé : « De même qu'il existe des droits de l'homme et du citoyen que le pouvoir politique doit respecter, l'actionnaire a des droits individuels que le pouvoir constitué de la société ne peut supprimer ou atteindre. Sa situation est plus forte d'ailleurs que celle du citoyen, car celui-ci n'a pas de recours contre l'inconstitutionnalité des lois, alors que l'actionnaire a un recours à la justice contre la décision de la société qui lui a fait grief » (3).

Sans atteindre un tel degré, l'idée fondamentale pour comprendre l'action sociale *ut singuli* est qu'elle « se présente ainsi plus sous la forme d'une action destinée à garantir un droit social que sous la forme d'une action tendant à réparer un préjudice collectif » (4).

Le concept de droit-fonction excluant celui de prérogative individuelle inclus dans la théorie du contrat, a trouvé un écho tant dans la jurisprudence antérieure, que dans la loi du 24 juillet 1966.

(1) BASTIAN, note *J.C.P.*, 1951.II.6562 ; NOIREL, *op. cit.*, p. 214, n° 308 ; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 212, n° 279 ; RIPERT par ROBLOT, 5^e éd., p. 698. Voir égal. *Journ. soc.*, 1967, p. 265.

(2) RIPERT par ROBLOT, *op. cit.*, 5^e éd., 1968, p. 629, n° 1232.

(3) RIPERT par ROBLOT, *loc. cit.*

(4) SCHMIDT, *op. cit.*, p. 202, n° 268.

a) *La réaction jurisprudentielle.*

151. Il s'agit en réalité d'un assouplissement (1) à la règle selon laquelle un particulier ne peut conclure que dans la mesure de son intérêt exclusif d'actionnaire. C'est la Cour de Lyon qui eut la première, l'occasion de conférer à l'action sociale *ut singuli*, sa mission sociale trop souvent ignorée (2).

En l'espèce, fort connue d'ailleurs, une société anonyme avait conféré mandat à son président du conseil d'administration, d'acquiescer un certain nombre d'actions représentant environ trente huit pour cent du capital social. Ce dirigeant, ayant réalisé l'opération, invoqua l'existence d'un compte courant dont il était titulaire, pour s'attribuer les actions par simple jeu d'écritures, en imputant à son compte le prix desdites actions.

Devant l'irrégularité de l'opération, un actionnaire demanda la restitution à la société des actions indûment conservées dans leur intégralité.

Se servant, non sans à propos, des décisions rendues précédemment, le détenteur irrégulier des titres, invoqua le nombre d'actions détenues par le demandeur à l'action, pour demander à la Cour de réduire sa réclamation à due concurrence, limitant ainsi la demande en restitution à 11 actions sur les 3692 détournées.

Récusant cette « règle jurisprudentielle », la Cour de Lyon observe que « le litige a pour objet d'éliminer de la société un actionnaire dans la mesure des droits qu'il a usurpés et de le réduire aux seuls droits qui l'ont légitimement admis ». Elle ordonne en conséquence la restitution de l'intégralité des titres.

Cette décision a retenu l'attention et l'approbation de nombreux auteurs (3), d'autres ont souligné, pour en atténuer la portée, le caractère indivisible de la demande (4).

Certes l'actionnaire agissait pour reconstituer le patrimoine social, cependant, c'était le but de toute action tendant à obtenir la réparation pécuniaire de l'entier préjudice subi par la société. Or on sait quel sort leur fut réservé : elles furent toutes jugées irrecevables lorsqu'elles émanaient d'un actionnaire.

Aurait-il été surprenant que la Cour de Lyon admit la divisibilité des 3692 actions, en état de la jurisprudence antérieure ? Il ne semble pas... C'est davantage le souci de réaliser un fonctionnement équilibré de la société qui a guidé la Cour de Lyon que la difficulté d'octroyer 11 actions à un actionnaire agissant *ut singuli*.

Dans le même ordre d'idée apparaît l'arrêt rendu le 1^{er} décem-

(1) NOIREL, *op. cit.*, n° 308, p. 213.

(2) 5 mars 1951, *J.C.P.*, 1951.II.6562, note Bastian.

(3) M. Noirel écrivait : « cette décision, encore isolée, peut être appelée à faire jurisprudence » (p. 214). Cf. M. CHESNE, *op. cit.*, p. 366, n° 24 ; BASTIAN, *loc. cit.*

(4) Note Copper-Royer, D., 1955, p. 697.

bre 1966 par la Cour d'appel d'Amiens (1) à propos de la nullité d'une convention de découvert passée entre les administrateurs d'une société anonyme et une société civile dont les membres étaient justement les administrateurs de la première, et ce, au mépris des règles posées par l'article 40 de la loi du 21 juillet 1867.

La juridiction d'appel annule la convention de découvert et alloue de surcroît à l'actionnaire demandeur, une somme à titre de dommages-intérêts, car « l'insuffisance du rapport spécial présenté à l'assemblée générale de la société anonyme... a empêché le demandeur de donner son suffrage à ladite assemblée en connaissance de cause ».

Coexistaient ici deux mesures : l'une de protection sociale (2), l'autre de protection individuelle de l'actionnaire, puisque « tout actionnaire a un droit intangible à l'observation de la loi et des statuts » (3).

Pour retirer à cette décision sa portée, il sera objecté sans doute que les demandes ayant pour but de sanctionner une violation de la loi du 24 juillet 1867, et plus particulièrement de son article 40, ne sont pas des actions en responsabilité (4).

Il est cependant possible en l'espèce de rappeler que s'il s'était agi d'une action en responsabilité *stricto sensu*, la prescription triennale eut pu être opposée avec succès au demandeur, ce que n'a peut-être pas voulu la jurisprudence.

D'autre part, s'il ne s'agit pas d'une action en responsabilité, comment expliquer alors l'octroi d'une somme à titre de dommages et intérêts, alors qu'une condamnation aux dépens et aux simples frais de procès eut suffi ? Les annotateurs, quoi qu'approuvant « en équité » (5) l'arrêt, doivent bien reconnaître que s'agissant d'une action en nullité et non en responsabilité, que la condamnation ne semble pas être justifiée « en droit positif ».

Et tous les auteurs observent que le demandeur minoritaire sera finalement moins encouragé — sinon découragé — pour agir sous l'empire de la loi nouvelle, qui ne permet plus l'octroi de dommages-intérêts à titre individuel dans le cadre de l'exercice de l'action sociale (6).

(1) D.S., 1967.J.238, note Dalsace. Cet arrêt confirme en partie un intéressant jugement du Tribunal de Compiègne (22 déc. 1964, *Rev. trim. dr. com.*, 1965, obs. Houin et J.C.P., 1965.II.14279, note N. Bernard) qui n'annulait pas la convention de découvert.

(2) C'est justement ce cumul qui confère à l'arrêt son intérêt pour le problème étudié.

(3) Cf. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, n° 189.

(4) DALSACE, note précitée au D.S., 1967, p. 288 ; BERR, *op. cit.*, n° 262. *Contra* : M. ROSENFELD, in *Rev. soc.*, 1958, p. 380.

(5) DALSACE, note précitée, p. 239.

(6) DALSACE, *ibid. loc.* ; HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, p. 793, n° 662 ; CHESNE, *op. cit.*, p. 267, n° 25 ; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 224, n° 299. Pour M. Chéron, la motivation de l'action de l'actionnaire étant l'émolument qu'il allait retirer

Mais c'est déjà quitter le domaine jurisprudentiel, pour aborder le domaine législatif et la condamnation du système antérieur.

b) La condamnation législative.

152. En réalité, cette sanction du système antérieur représente plus d'intérêt par son aspect positif que par son effet destructif.

Au risque donc de décourager les actionnaires ou les associés d'agir *ut singuli*, en les privant de la fraction d'indemnité leur revenant, le législateur a préféré restaurer la véritable fonction de l'action sociale exercée à titre individuel.

Cette réforme ne semble pas avoir pour objet de faire désertier le prétoire par les actionnaires désireux d'agir. car un courant récent, souligné par le rôle conféré à la masse des petits porteurs à propos notamment des offres publiques d'achat ou d'échange, démontre que l'actionnaire n'est plus forcément le spéculateur. En effet, l'attention portée aux porteurs dispersés de titres à l'occasion d'affaires célèbres (1) par les conseils d'administration peut éveiller l'attention des minoritaires, en leur faisant prendre conscience de leur rôle et de son importance.

Sensibilisés par l'influence qu'ils peuvent exercer au sein de la société, ces actionnaires pourront donc agir, malgré la perspective de ne rien retirer à titre personnel de la demande en justice.

Il faut souligner l'extension du champ d'application de l'action sociale *ut singuli* : des sociétés par actions (2) elle passe également aux sociétés à responsabilité limitée (3) ; c'est assez dire l'intention du législateur de rendre aux actions sociales en responsabilité leur but préventif.

Désormais, sans équivoque, les dommages-intérêts pouvant être éventuellement prononcés par suite d'une action sociale exercée à titre individuel, seront « alloués à la société » (4). L'action sociale retrouve un régime unique quant à son issue, quelle que soit la personne du demandeur.

de son action, et l'en priver eut été « détruire l'intérêt à intenter l'action sociale *ut singuli* (D., 1912.1.353).

(1) Notamment en France, l'affaire de l'offre publique d'achat des actions de Saint-Gobain, lancée par B.S.N. au cours de laquelle une campagne d'information des actionnaires, c'est-à-dire de la masse des petits porteurs dispersés, fut lancée, leur ouvrant la porte des établissements industriels concernés en vue des visites, les submergeant de communiqués et de notes d'informations. Voir à ce sujet Michel Trochu, « Les offres publiques d'achat », *Rev. trim. dr. com.*, 1967.713 et s.

C'est pour réglementer ces procédés que fut pris un avis du 21 janvier 1970 de la commission des opérations de bourse relative aux offres publiques (*J.O.*, 23 janv. 1970, et *J.C.P.*, 1970.III.36279). Cf. F. MALAN, « Les problèmes soulevés par les O.P.A. et la réglementation du 21 janvier 1970 », *J.C.P.*, 1970.I.2304.

(2) Sociétés en commandite par actions et sociétés anonymes.

(3) Art. 52, al. 3 de la loi du 24 juill. 1966.

(4) Art. 52, al. 3 et 245.

Il était donc logique que le décret d'application du 23 mars 1967 prévoie que « lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs actionnaires, agissant individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article précédent (1), le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux » (2).

Cette « légalisation » de l'action sociale exercée *ut singuli* vient enfin séparer définitivement le droit des sociétés et le droit des obligations conventionnelles : on sait que pour certains auteurs, le pouvoir d'agir de l'actionnaire, ou des actionnaires, se trouvait dans l'article 1166 du Code civil (3).

Considérant l'actionnaire comme un simple créancier (4) une partie de la jurisprudence a retenu l'article 1166 du Code civil pour justifier son droit à agir : l'on y voyait « l'exemple même de l'exercice d'une action judiciaire par une personne autre que le titulaire du droit, lorsque ce dernier demeure inactif » (5).

Cette théorie combattue tant pour des raisons d'ordre psychologiques (6) et sociologiques, que pour des raisons d'ordre juridique, se voit condamnée définitivement par le décret du 23 mars 1967 ; déjà le décret-loi du 31 août 1937 avait réglé le sort de toute renonciation anticipée à exercer cette action, que le droit commun admet pourtant bien volontiers (7).

Décidant désormais que la présence de la société aux débats est nécessaire à peine d'irrecevabilité, le texte de loi rompt avec la liberté qui caractérisait le jeu de l'action oblique. Il était en effet admis classiquement que le créancier pouvait régulièrement exercer l'action de son débiteur en agissant seul, et sans que celui-ci figurât à l'instance (8).

Certes « l'usage moderne » (9) est de mettre le débiteur en cause, de telle sorte qu'il soit lié à la procédure de l'action intentée en son nom ; mais la loi n'impose pas cette formalité (10).

(1) Art. 45 pour la S.A.R.L. (associés groupant le 1/10^e du capital social) et 200 pour la S.A. (associés groupant le 1/20^e du capital social).

(2) Art. 46 et 201, décr. 23 mars 1967.

(3) THALLER notamment soutint d'abord cette théorie, *Rev. crit.*, 1885, p. 285, « Examen doctrinal de la jurisprudence » ; après M. LYON-CAEN, note S., 1882.2.265. Puis THALLER, D.P., 1886.2.27, renonça à défendre ce point de vue.

(4) Cf. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 44.

(5) SOLUS et PERROD, *op. cit.*, t. I, n° 270, p. 252 et s.

(6) CHESNE, *op. cit.*, p. 359, n° 15.

(7) PLANIOL et RIPERT, t. 7, par ESMEIN, GABOLDE et RADOUAN, p. 215, n° 908. Pour ces auteurs, cette renonciation s'appuie sur les dispositions de l'article 1446 du Code civil.

(8) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, p. 221, n° 915 ; et Req., 2 juill. 1851, S., 1851.1.593 ; Caen, 29 déc. 1870, S., 1871.2.265 ; Nantes, 27 mai 1896, *Gaz. Pal.*, 1896.2.275 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 635.

(9) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 916.

(10) La jurisprudence a parfois admis que le tribunal ordonne d'office la mise en cause du débiteur, en sa qualité de tiers pouvant former tierce opposition au jugement à intervenir (Req., 1^{er} août 1859, D., 1859.1.353 ; 2 août 1876, D., 1877.1.224 ; Bordeaux, 31 juill. 1893, D., 1894.2.541). Mais il ne s'agit que d'une éventualité dictée par les circonstances.

La règle nouvelle, si elle trouve sa source dans le désir de régulariser les possibilités de contrariétés de jugement pouvant résulter du système antérieur, trouve son fondement dans l'intérêt social, et le souci d'institutionnaliser les règles de responsabilité au sein du droit des sociétés.

Pourquoi un mouvement d'idées objectif, préoccupé de prime abord de l'aspect organique, ne s'étendrait-il pas au fonctionnement de l'institution ?

Les diverses actions en responsabilité, susceptibles d'être intentées lorsque la société est encore à la tête de ses biens, échappent à la technique contractuelle, pour caractériser un état de droit statutaire.

Les règles de la responsabilité deviennent plus objectives lorsque la société subit une procédure collective ; de l'existence même d'une procédure de liquidation de biens, ou de règlement judiciaire, la loi déduit la relation de cause à effet entre un préjudice qu'il faut évaluer, et une faute qui est cette fois présumée.

SOUS-TITRE II

LA SITUATION DES DIRIGEANTS SOCIAUX EN CAS DE RÈGLEMENT JUDICIAIRE OU DE LIQUIDATION DE BIENS

153. L'étude de la défaillance de la société, et des conséquences qu'en subissent les administrateurs ou dirigeants, présente un intérêt certain pour la détermination de la nature juridique de la responsabilité des dirigeants.

Le caractère objectif des règles de responsabilité s'accroît avec la survenance de la liquidation de biens, ou du règlement judiciaire de la société.

On s'éloigne ici tellement des règles contractuelles que certains auteurs ont soutenu que l'on quittait le domaine de la responsabilité pour entrer dans le champ d'application des lois impératives sur la « faillite ».

La notion de faute, que l'on retrouve ici cependant avec la même vigueur que précédemment, démontre qu'il s'agit bien d'une responsabilité.

En revanche, cette responsabilité ne saurait avoir le moindre caractère contractuel, malgré le constant rappel à la notion de mandataire, effectué par les lois qui se sont succédées.

Cela est si vrai que la loi du 13 juillet 1967 (1) a supprimé la référence à la diligence et l'activité « d'un mandataire salarié », pourtant invoquées par la précédente législation.

L'étude des conditions d'exercice de cette action en responsabilité, puis son régime juridique souligneront le caractère légal de cette responsabilité.

(1) Art. 99, al. 3.

CHAPITRE I

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION

On retrouve sans peine dans l'action « en comblement » (1) les données de base de la responsabilité civile.

Se vérifient en effet les conditions de mise en œuvre de toute responsabilité : la faute, le préjudice, et la relation de causalité. Mais de surcroît, c'est la faute qui est le seul fondement, une fois de plus, de l'obligation des dirigeants sociaux au passif social, en cas d'insuffisance d'actif.

SECTION I

LES CONDITIONS DE L'OBLIGATION AU PASSIF SOCIAL

154. Cette obligation, instaurée par l'article 4 alinéa 5 de la loi du 16 novembre 1940 (2) en ce qui concerne les sociétés anonymes, et par le décret du 9 août 1953, modifiant l'article 25 de la loi du 7 mars 1925 (3), en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée (en des termes identiques), fut généralisée par le législateur de 1967 (4) à toutes les personnes morales de droit privé visées à l'article 96 de la loi du 13 juillet 1967, — ainsi qu'à toutes catégories de dirigeants de ces personnes morales (5).

C'est dire que son origine légale est indiscutable et ses conditions déterminées par la loi.

(1) F. DERRIDA, *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, p. 240, n° 213 ; GUYON, *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, Fasc. IX ter.

(2) D.P., 1940.4.383 et D.C., 1941.L.1.

(3) La loi de 1953 a eu cependant un effet plus large en étendant l'action en comblement, dans la S.A.R.L. aux gérants, mais aussi aux associés ayant participé à la gestion.

(4) F. DERRIDA, *op. cit.*, p. 241, n° 213, et la jurisprudence citée note 360.

(5) Les termes utilisés par l'article 99 sont très larges, et recouvrent toutes les sortes de dirigeants.

L'on y retrouve les trois conditions propres au droit de la responsabilité civile : l'existence d'une faute, d'un préjudice causé aux créanciers sociaux, et enfin, la nécessaire relation de cause à effet entre le premier et le second élément.

Il faut de prime abord observer que le préjudice n'est nullement social : Il affecte les seuls créanciers sociaux (1). Cette précision tend à supprimer l'affirmation de tout lien contractuel entre les auteurs du dommage, et leurs « victimes ».

C'est à propos des éléments constitutifs que se dégage l'originalité de ces règles : d'une part, le législateur présume la faute, — et d'autre part, les tribunaux admettent *a priori* l'existence d'un lien de causalité du seul fait de l'insuffisance d'actif.

C'est au premier chef la présomption de faute qui est caractéristique. La nature même de cette responsabilité a été discutée, parce qu'était controversée la nature de la présomption édictée : présomption de faute, ou présomption de responsabilité : tel était le débat (2).

Il est maintenant admis qu'il s'agit d'une présomption légale *juris tantum* de faute, ce qui justifie l'opinion selon laquelle la faute est le trait commun à toute responsabilité incombant à un dirigeant social. Il ne s'agit certes pas d'une présomption irréfragable, mais la preuve négative réservée aux dirigeants sociaux leur rend la tâche très difficile.

C'est d'autant plus vrai qu'à cette présomption de faute s'adjoint une présomption de causalité (3).

En effet, les tribunaux présument que les fautes de gestion, — elles-mêmes présumées — sont la cause « non de la faillite, mais tout au moins de l'insuffisance d'actif » (4).

Une partie de la doctrine, devant le silence de la loi à ce sujet, a même conclu que le juge n'avait pas à relever l'existence d'un rapport de cause à effet entre les agissements du dirigeant et l'insuffisance d'actif (5).

(1) Voir P. BOUREL, « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 791, n° 12, et note F. Derrida, *op. cit.*, note 361 bis, p. 241 et 242.

(2) En faveur de la présomption de faute : RIPERT, *Traité élémentaire*, 4^e éd., t. 1, p. 579, n° 1208 ; PASSIER, thèse de Paris précitée, 1944, p. 137 ; *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, II, Fasc. IX bis, par NOIREL, n° 162 ; GORÉ, note au D., 1957.J.14 ; CORDONNIER, « Commentaire de la loi du 16 novembre 1940 », D., 1941.4.14 ; F. DERRIDA, *op. cit.*, p. 241, n° 214 ; BASTIAN, note au J.C.P., 1960.II.11649 ; MARGOT-NOBLEMAIRE, *La nouvelle législation des sociétés anonymes*, thèse Paris, 1941, p. 181 ; BUHLAROWSKI, *La loi du 16 novembre 1940 relative aux sociétés anonymes*, thèse Paris, 1942, p. 70.

En faveur de la présomption de responsabilité : ESCARRA et RAULT, t. IV, n° 1656 ; HOUIN, obs. *Rev. trim. dr. com.*, 1956, p. 323, et *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, V° Faillite et règlement judiciaire, t. III, p. 370, n° 209 ; BARBRY, *op. cit.*, p. 213.

(3) Voir note M. Bastian précitée au J.C.P., 1960.II.11649.

(4) *Loc. cit.*

(5) ESMEIN, *Gaz. Pal.*, 1941.1, Doctr. 14 ; MICHEL, *Gaz. Pal.*, 1940.2, Doctr. 58 ; VERBYST, *Gaz. Pal.*, 1955.2, Doctr. 34 ; AZARD, S., 1953, vol. 2, L. 1330.

La dilution des responsabilités, l'aspect global de la gestion considérée, font qu'en définitive, la jurisprudence évolue en plein arbitraire : elle sanctionne une gestion générale, et non des faits précis, — qui ont occasionné de surcroît un préjudice global, collectif, insusceptible de ventilation, ou de délimitation objectives.

Enfin, l'expression « insuffisance d'actif » n'est pas utilisée par le législateur dans son sens technique (1), mais dans son sens usuel et « vulgaire » (2) d'infériorité de l'actif par rapport au passif.

Ces observations tendant à prouver que quelles que soient les modalités dont elles sont affectées, les conditions traditionnelles de l'existence d'une responsabilité se trouvent réunies, ce qui est corroboré par la terminologie utilisée par la loi, lorsqu'elle envisage les moyens dont disposent les administrateurs ou gérants, pour s'exonérer de cette « responsabilité » (3).

SECTION II

L'OBLIGATION AU PASSIF RÉSULTE BIEN D'UNE RESPONSABILITÉ

155. Certains auteurs ont vu dans cette obligation l'expression de la notion de risque, ou d'une obligation personnelle et indéfinie, ou encore la traduction de la spécificité de la « faillite » (4).

Ces fondements méritent une analyse rapide, qui tendra à les éliminer, pour ne conserver que les règles de la responsabilité pour faute présumée.

Tout d'abord, l'autoritarisme qui se dégagait des textes de 1940, 1943 et 1953 incitait à y voir une technique dérogatoire au droit commun de la responsabilité. Éliminant de ce dernier la recherche de la preuve de la faute, et du lien de causalité, certains auteurs ont considéré que la simple constatation de l'insuffisance d'actif était suffisante pour engendrer l'obligation au passif social : le fondement proposé était alors celui du risque (5).

Or un seul cas particulier, en droit français, est générateur de responsabilité pour les administrateurs sans faute de leur part : il

(1) Ce sens technique désigne l'absence de ressources nécessaires à la poursuite de la procédure, et partant une clôture provisoire des opérations de la « faillite ».

(2) Cf. YAMULKI, *op. cit.*, p. 121, et la doctrine citée note 492, p. 122.

(3) Loi du 16 décembre 1940, article 4 — Décret du 9 août 1953, modifiant l'article 25, alinéa 2 de la loi du 7 mars 1925, — et loi du 13 juillet 1967, article 99, alinéa 3.

(4) Voir l'excellente présentation des thèses en présence, par M. Maurice COZIAN, *Juris-Classeur commercial*, V^o *Règlement judiciaire et liquidation de biens, Généralités*, Fasc. A 10.

(5) CORDONNIER, D.C., 1941.L.1, n^o 7 ; AZARD, notes précitées, S., 1953.L.330. Cep. BASTIAN, J.C.P., 1956.II.9170.

s'agit de la nullité de la société, sous l'empire des dispositions de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867. En effet, ce texte a reçu, avant que d'être modifié par une loi du 1^{er} août 1893, une interprétation très sévère : les premiers administrateurs étaient solidairement responsables, avec les administrateurs alors en fonction, en cas de nullité de la société (1). Hormis cette exception au régime général, jamais le droit français n'a abandonné le fondement de la faute, présumée, ou à prouver, pour justifier la responsabilité des dirigeants sociaux. Le sort réservé par la loi du 1^{er} août 1893 à cette exception est significatif.

Que devient alors l'analyse fondée sur la notion de risque ? La doctrine dominante l'écarte, invoquant notamment le fait que la condamnation au passif social ne s'impose pas au juge : elle est facultative (2). Si elle n'avait pas été facultative, les administrateurs auraient été soumis à une obligation personnelle et indéfinie : l'esprit même des sociétés par actions s'en fut trouvé ruiné.

Ensuite, devant l'insuccès de l'analyse fondée sur le risque, un auteur a pris conscience d'une différence de régime entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée : antérieurement à la loi du 24 juillet 1966, le régime de la prescription des actions au sein de chaque type de société était différent.

La loi du 24 juillet 1867 prévoyait déjà une prescription triennale à cette action en comblement. En revanche, le décret du 9 août 1953, modifiant la loi du 7 mars 1925 était silencieux à ce sujet. Le droit commun étant alors applicable aux sociétés à responsabilité limitée, c'est une prescription trentenaire qui s'appliquait seule. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de commerce de Valenciennes du 7 avril 1959 (3) a admis que l'action en contribution au paiement de la dette sociale qui s'éteint au bout de trois années dans la société anonyme, ne se prescrit que par trente années dans la société à responsabilité limitée.

Ce qui faisait écrire par un auteur qu'il s'agissait non d'une responsabilité, mais d'une obligation légale, « faisant en quelque sorte des gérants ou administrateurs les cautions de la société en cas de faillite accompagnée d'insuffisance d'actif » (4).

Ces théories, fragiles déjà sous l'ancienne législation, perdent tout intérêt avec l'unification réalisée par la loi du 24 juillet 1966. Désormais, il faut admettre que cette action ressortit au domaine de la responsabilité délictuelle ou légale, semblable en sa nature à la responsabilité de droit commun.

La Cour de cassation a même décidé, à l'appui de cette unité de responsabilités, que si en première instance, le syndic ne s'est prévalu

(1) ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, n° 887, p. 374 et s. ; HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, 1954, t. 1, n° 630 et s.

(2) P. BOUREL, *loc. cit.*, n° 6, p. 788.

(3) *Rev. trim. dr. com.*, 1959, p. 934, obs. Houin.

(4) DELAISI, « La contribution au passif social des dirigeants de société », *Rev. synd. et adm. jud.*, 1958, n° 3, p. 73.

que de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, il peut invoquer en appel, et pour la première fois, les articles 22 et 44 de la loi du 24 juillet 1867 sur la responsabilité civile des administrateurs : il ne s'agit point d'une demande nouvelle (1), puisque les deux actions (action en contribution au passif social, et action en responsabilité pour fautes de gestion) « sont fondées sur les mêmes fautes, et procèdent aux mêmes fins, c'est-à-dire la réparation du préjudice causé aux tiers par la faillite de la société » (2).

La doctrine, concluant donc que l'on se trouvait en terrain de responsabilité légale, admettait toutefois que les causes d'exonération de cette responsabilité demeuraient l'obligation de diligence et d'activité du mandataire salarié ... Coexistence illogique, entre une responsabilité légale, et des critères de type contractuel. De surcroît, des difficultés naissaient lorsque le mandataire n'était pas salarié (3)... Mais il s'agit maintenant du régime juridique de l'action.

(1) Au sens de l'article 464 du Code de procédure civile.

(2) Cass. com., 22 mai 1957, *Bull. civ.* III, n° 166. Comp. Trib. civ. Lille, 12 oct. 1955, *Gaz. Pal.*, 1956, Somm. p. 15. *Adde* : Aix, 21 avr. 1971, *D.S.*, 1972, p. 162, note J. P. Berdah.

(3) Voir à ce sujet NOIREL, *op. cit.*, p. 221, n° 319, et la jurisprudence citée.

CHAPITRE II

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACTION ET LA VÉRIFICATION DE SA NATURE LÉGALE

156. Que l'on considère les personnes concernées, ou leurs moyens de défense, le caractère légal de la responsabilité se confirme, pour atteindre un degré d'abstraction redoutable pour les dirigeants sociaux.

En contrepartie de la présomption de faute édictée par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, la loi semblait limiter le champ d'application de l'obligation au passif social, quant aux personnes concernées.

En revanche, la difficulté pratique de mise en œuvre des causes d'exonération n'est pas sans inquiéter les dirigeants sociaux : la suppression de la référence au mandataire salarié risque d'inciter les tribunaux à statuer de façon trop globale ; la seconde section de ce chapitre y sera consacrée, tandis que la première section délimitera le champ d'application de l'obligation au passif.

SECTION I

LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION AU PASSIF SOCIAL

157. L'introduction dans notre droit de la présomption légale de faute, a soulevé des problèmes d'interprétation, car pour certains auteurs, il s'agissait d'une règle de procédure, extensivement entendue, alors que la doctrine penche pour une conception restrictive, s'agissant d'une règle de fond.

Les sociétés commerciales ont donc bénéficié de cette interprétation limitative, qui aboutissait à la conclusion que seuls étaient concernés les dirigeants sociaux en fonction lors du jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de faillite (1).

(1) Cass. com., 6 févr. 1962, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 751.

La jurisprudence exigeait, pour exonérer les administrateurs précédents, que leur démission soit « effective » au moment du jugement déclaratif : peut importait que cette démission ait ou non été régulièrement publiée au moment de l'ouverture de la procédure de concours (1).

C'est ainsi par exemple, que la Cour de Paris (2) le 29 juin 1967, a déclaré la présomption de faute édictée par le décret du 9 août 1953 inapplicable au gérant d'une société à responsabilité limitée décédé plus de deux mois avant le jugement prononçant le règlement judiciaire de la société, — et trois jours avant la date définitive de cessation de paiement. L'action du syndic en comblement de passif social fut donc déclarée irrecevable.

Une tentative de revirement fut abordée par l'arrêt de la Cour de Paris du 17 juin 1966 précité : le syndic avait tenté de substituer, pour prendre en considération l'insuffisance d'actif, la date de cessation de paiements à la date du jugement déclaratif : la Cour lui répondit que la présomption pourrait s'appliquer à cet instant, à charge cependant pour le syndic de rapporter la preuve de l'insuffisance d'actif à ce moment précis. La doctrine critiqua cet arrêt, estimant qu'en pratique il était préférable pour le syndic de démontrer alors la faute de gestion ; et qu'au plan théorique, la solution était condamnable, « l'une des conditions légales faisant défaut » (3).

Malgré tout, la brèche était ouverte vers une attitude extensive, que la jurisprudence puis la loi nouvelle allaient consacrer.

La loi nouvelle, visant les dirigeants « de droit ou de fait », occulte ou non, exclut par hypothèse l'exigence de la qualité formelle de dirigeant en fonction au jour de la cessation des paiements.

Mais la Cour de cassation a été très nette également ; faisant application de la loi ancienne, quatre arrêts (4) consacrent la possibilité de faire peser la responsabilité à l'encontre des dirigeants, même démissionnaires avant la date du jugement déclaratif, à la condition que soit prouvée l'insuffisance d'actif à l'époque de leur démission, — ou du moins, la situation ayant abouti à l'insuffisance d'actif.

C'est la fin du système restrictif et libéral, mais la jurisprudence n'a jamais admis que les lois en la matière aient un effet rétroactif (5).

(1) Trib. com. Seine, 5 juill. 1966, *Rev. trim. dr. com.*, 1966, p. 1023 ; Paris, 17 juin 1966, *Gaz. Pal.*, 26 nov. 1966 ; Poitiers, Ch. civ., 18 janv. 1967 et Paris, 3^e Ch., 10 janv. 1967, *J.C.P.*, 1967.II.15149, note J. A. ; *Journ. soc.*, 1968, p. 259.

(2) 29 juin 1967, 3^e Ch., *Journ. soc.*, 1968, p. 195 ; *J.C.P.*, 1967.II.15285.

(3) Obs. HOUIN, *Rev. trim. dr. com.*, 1966, p. 1025.

(4) Cass., 4 févr., 19 mai et 12 mai (2 arrêts), 1969 ; *Rev. soc.*, 1970, p. 276 à 281, note A. Honorat.

(5) Voir cependant un jugement inédit du Tribunal de commerce de Draguignan du 17 mars 1970, estimant sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, qu'il était possible d'appliquer l'article 99 à tous les dirigeants s'étant succédés dans une société civile... ce qui avait pour effet, outre de remettre en cause la jurisprudence précédente, de rendre rétroactive la loi du 13 juillet 1967. Jugement réformé par Aix-en-Provence le 21 avril 1971, D.S., 1972, p. 162, note J. P. Berdah.

Ici, encore, un problème de droit transitoire éclaire davantage les intensions de la jurisprudence : le problème s'est posé de savoir si les actes accomplis par les dirigeants sociaux, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi instituant cette présomption devaient être pris en considération.

En effet, le problème de l'application immédiate de la loi du 16 novembre 1940, puis du décret du 9 août 1953, et enfin de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 a fait couler de l'encre.

Pour certains auteurs, la règle élaborée par la nouvelle loi était à chaque fois une règle de fond (1), et non une règle de procédure (2). S'agissant de « dispositions de fond » et non seulement de règles de preuve, la théorie dégagée par M. Roubier (3) pouvait s'appliquer : lorsqu'une disposition légale supprime une présomption légale, elle est applicable aux seuls faits commis postérieurement à cette abrogation. *Mutatis mutandis* l'on peut en déduire que lorsque la loi établit une présomption légale, celle-ci ne peut s'appliquer qu'à des actes accomplis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

La jurisprudence a parfaitement suivi cette opinion, la Cour de Lyon (4) allant décider que les dirigeants auraient « un droit acquis » à ne voir « leur responsabilité engagée qu'au cas de faute prouvée », pour des faits antérieurs à la nouvelle législation.

La Cour de cassation a approuvé cette théorie, car dans le silence du législateur sur la rétroactivité de la loi, ce serait ajouter à celle-ci que de lui conférer effet rétroactif, en violation des dispositions de l'article 2 du Code civil.

L'on peut citer à l'encontre de cette opinion le jugement précité du tribunal de commerce de Draguignan du 17 mars 1970 estimant que la loi du 13 juillet 1967 pouvait concerner des situations datant de 1966, et cela parce que le législateur avait placé l'article 160 « sous le titre IV, intitulé dispositions diverses, entendant lui donner une portée générale ».

Hormis cette décision, censurée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, la jurisprudence a nettement délimité le champ d'application dans le temps et quant aux personnes concernées de la présomption de faute.

Il s'agit ici de garanties, justifiées par des principes juridiques objectifs, contre une certaine forme d'arbitraire : celui-ci risque de reparaître avec l'examen des moyens mis à la disposition des administrateurs pour s'exonérer de cette responsabilité légale.

(1) BASTIAN, note au *J.C.P.*, 1956.II.9170.

(2) RAULT, *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 920 et s.; AZARD, « Commentaire du décret du 9 août 1953 », *S.*, 1953.L.1327.

(3) ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, t. I, p. 456.

(4) Lyon, 1^{re} Ch., 7 nov. 1955, *J.C.P.*, 1956.II.1970, note Bastian; Cass. com., 26 déc. 1961, *Gaz. Pal.*, 5-8 mars 1962, *Bull. civ.* III, n° 506, p. 442; *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 477; Cass. com., 4 janv. 1960, *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 894; Cass. com., 24 mai 1960, *Rev. trim. dr. com.*, 1961, p. 147; Rennes, 2 juill. 1957, *Rev. trim. dr. com.*, 1957, p. 723.

SECTION II

**LES CAUSES D'EXONÉRATION
DE CETTE RESPONSABILITÉ LÉGALE**

158. Les lois de 1940 et de 1953, concernant respectivement les administrateurs de sociétés anonymes, et le gérant ainsi que les associés de sociétés à responsabilité limitée, prévoyaient que « pour dégager leur responsabilité », ces derniers « doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié » (1).

A « l'indulgence manifestée par les tribunaux dans la détermination des personnes responsables » (2) succède une rigueur qui faisait constater au même auteur (3) « que si quelques décisions ont atténué la responsabilité des gérants ou administrateurs en tenant compte de la gravité respective de leurs fautes, aucune ne les a jusqu'ici exonérés totalement ».

C'est dire combien cette présomption légale, quoique simple, peut difficilement être renversée.

La référence à la diligence d'un mandataire salarié présente ici un intérêt certain : devant le particularisme du « mandat » conféré aux administrateurs, les tribunaux ont en effet tenté de retenir, chaque fois qu'ils le pouvaient, une responsabilité pour faute déterminée. L'abstraction de la référence a poussé les juridictions à paralyser le jeu de la présomption en fermant la porte à toute exonération, lorsque le syndic prouvait la faute.

Faisant preuve de réalisme, le législateur de 1967 a donc supprimé la référence au mandataire salarié.

**§ 1. — Les effets du cumul de la présomption
de faute, et de la faute prouvée**

159. Poser en préalable que l'obligation au passif social constitue bien une règle de responsabilité, et non un élément objectif propre aux règles de l'ancienne faillite, revient à souligner combien ce cumul peut paraître juridiquement infondé.

La présomption de faute que pose la loi, implique un système d'exonération particulier, par la preuve d'un fait négatif. Il reste cependant possible, dans l'optique même du législateur de s'exonérer en prouvant que l'on a manifesté toute la diligence et l'activité requises.

(1) Art. 4, L. 16 nov. 1940, et 25 modifié de la loi du 7 mars 1925.

(2) BOUREL, *op. cit.*, p. 793.

(3) *Loc. cit.*

Très vite, les tribunaux ont admis qu'invoquant la présomption de faute, les syndics tentent simultanément de rapporter la preuve de fautes commises, pour fermer la porte à toute démonstration exonératoire de responsabilité de la part des dirigeants sociaux.

Les tribunaux ont donc, déplaçant le terrain de l'action, originellement fondé sur la présomption de faute, procédé à la constatation des fautes de gestion.

Cette attitude aurait pu être entendue comme répondant au souci d'alléger la responsabilité des dirigeants sociaux, puisque ceux-ci sont présumés en faute lorsqu'il y a insuffisance d'actif. Bien au contraire, ce procédé tend à empêcher les dirigeants de faire la preuve inverse à cette présomption, et partant, à fermer l'unique moyen qu'ils auraient de se soustraire à la responsabilité leur incombant (1).

Un arrêt de la Cour de Poitiers (2) a considéré qu'en présence d'une faute de gestion commise par un gérant de société à responsabilité limitée, prouvée par un syndic, il était superflu d'appliquer la présomption de droit, et que ce gérant ne peut être autorisé à prouver les faits le déchargeant de cette présomption.

Certains auteurs ont mis l'accent sur cette attitude jurisprudentielle, l'expliquant par la difficulté de la preuve d'un fait négatif pour les magistrats (3).

La Cour de cassation a cependant souligné le fondement de cette jurisprudence (4) en observant que la responsabilité spéciale édictée en cas d'insuffisance d'actif n'est pas autonome. N'étant pas indépendante de la responsabilité générale édictée par les lois de 1867 et de 1925, au cas de faute prouvée, il est logique que l'une serve à étayer l'autre.

Dès lors, la preuve de fautes de gestion, loin de dénaturer la responsabilité fondée sur une présomption de faute, ne fait que rendre cette dernière irréfragable (5).

Plusieurs critiques peuvent être adressées à cette théorie : la première étant que seul le législateur peut édicter une présomption irréfragable, et que la multiplication de ces dernières n'est pas souhaitable.

(1) NOIREL, « Administrateurs de sociétés anonymes », *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, II, Fasc. IX bis, 1960, p. 18.

(2) 11 mai 1955, *Gaz. Pal.*, 1955.2.254.

(3) NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, p. 222, n° 320.

(4) Cass. com., 17 juill. 1956, *Bull. civ.* III, n° 217, p. 185.

(5) Ce qui aboutit à en faire une sanction inhérente à la liquidation de biens, ou au règlement judiciaire, et non plus une règle de responsabilité. Certes, d'aucun diront que l'on trouve, dans la loi nouvelle, l'article 100 de la loi du 13 juillet 1967, aux termes duquel, faute par les dirigeants des personnes morales de s'acquitter de la part contributive du passif social, ces derniers, quoique non commerçants, peuvent être mis en liquidation de biens ou en règlement judiciaire (A. HONORAT, *Juris-Classeur commercial*, anc. art. 437 à 614-26, Fasc. A, p. 27, n° 127). Cependant, l'on sait que la majorité doctrinale persiste à penser qu'il s'agit bien d'une responsabilité. Voir M. Maurice COZIAN, *Juris-Classeur commercial*, C. com., anc. art. 437 à 614, Fasc. A 10, « Dispositions générales ».

La seconde est péremptoire. Elle émane de MM. Escarra et Rault, pour lesquels : « s'agissant de la responsabilité de droit commun, la condamnation est limitée au montant du dommage résultant directement de la faute commise. Or il se peut que la faute retenue n'ait causé qu'un préjudice minime à la société. Si l'existence de cette faute prive l'administrateur... de la faculté qui lui est reconnue par le texte, de prouver son comportement, par ailleurs ne prête pas à critique, il risque, étant donné le pouvoir souverain d'appréciation reconnu au tribunal par la loi, de se voir condamner au paiement d'une somme très supérieure au montant du dommage qu'il a effectivement causé » ... (1).

Quoiqu'il en soit, ce cumul existe et pour n'être pas forcément inutile quant à la sécurité des affaires (2), il ne répond pas à une logique juridique totale (3).

Si en présence de fautes prouvées, la preuve de l'activité et de la diligence d'un mandataire salarié s'avèrent impuissantes, c'est bien à raison de l'abstraction de la référence, dénoncée plus haut.

Cette référence au mandataire salarié ou non, ne se retrouve d'ailleurs plus dans la nouvelle législation.

§ 2. — La suppression de la référence au mandataire salarié

160. Rien pourtant dans la loi de 1966 ne laissait présager une telle rupture. L'article 248 de la loi du 24 juillet 1966, dans sa rédaction de 1966, dans son alinéa 2, reprenant les termes des lois précédentes, énonçait bien : « le président et les administrateurs seront exonérés de cette responsabilité, s'ils prouvent qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales, toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ».

Ce libellé ne se trouve pas dans la rédaction de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, auquel renvoie le nouvel article 248 de la loi du 24 juillet 1966 (4) : il fait simplement référence à « l'activité et la diligence nécessaires », sans allusion à un modèle contractuel quelconque.

(1) ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, n° 1663, p. 431 et s.

(2) Voir POULAIN, note sous Cass. com., 19 janv. 1970, D., 1970.J.482.

(3) En effet, ce cumul est possible au plan de l'opportunité. Pour reprendre l'expression de M. BOUREL (*op. cit.*, p. 795). « Une application cumulative mais selon des règles distinctes est donc parfaitement justifiée ». Voir à ce sujet M. BASTIAN (*J.C.P.*, 1956.II.9170) pour lequel le cumul est possible avec les règles de l'article 1382 du Code civil.

(4) « En cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens de la société, les personnes visées dans la législation sur le règlement judiciaire, la liquidation de biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, peuvent être rendues responsables du passif social dans les conditions prévues par ladite législation ».

Deux explications ont accueilli cette modification.

Une première théorie y voit simplement un effet de la généralisation des institutions de la « faillite » aux personnes morales de droit privé — y compris celles à but non lucratif, et aux dirigeants « rémunérés ou non » (1).

Dès lors, dans cette conception, c'est essentiellement la qualité de salarié ou non qui a posé au législateur un problème dont la solution est la suppression pure et simple de la référence (2).

Cette conception trouve un appui dans les critiques adressées à une certaine jurisprudence qui ne s'était pas embarrassée de la gratuité du mandat des dirigeants sociaux (3) : une recherche d'unité semblerait donc fonder la solution nouvelle. Cette analyse n'emporte pas une adhésion totale : il appartenait au législateur de supprimer simplement l'adjectif « salarié », pour retrouver autour de la notion de mandataire l'unité qu'il aurait souhaitée.

L'observation même formulée par la Cour suprême dans son arrêt du 22 mai 1957 précité, démontre à l'évidence que le défaut de la référence réside dans la qualité de mandataire, plus que dans la qualification de rémunéré ou non.

C'est pourquoi une seconde partie de la doctrine a estimé, plus justement semble-t-il, « que la nouvelle loi a abandonné toute référence au contrat de mandat, puisque selon la théorie institutionnelle, les dirigeants sociaux sont en réalité des titulaires de fonctions, des organes de la personne morale ; la théorie de l'institutionnalité rejoint la théorie de la réalité des personnes morales pour conférer aux dirigeants le caractère d'organes du groupement » (4).

De même encore, la suppression de la référence est jugée intentionnelle : « l'abandon de cette référence se justifie pleinement car les règles du mandat ne sont pas suffisantes pour analyser la situation des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers » (5).

En effet, peu importe aux tiers — c'est-à-dire ici la masse représentée par le syndic — que le « mandataire » soit rémunéré ou non, les effets de la distinction ressortissant au droit des contrats, et les

(1) Voir M. DERRIDA, « La réforme du règlement judiciaire et de la faillite », *Defresnois*, 1969, p. 242, n° 214.

(2) D'ailleurs M. Derrida observe « qu'il n'en est pas moins certain que le tribunal n'ignorera pas la gratuité des fonctions du dirigeant dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation » (*op. cit.*, n°s 214 et 217).

(3) Civ., Sect. com., 22 mai 1957, *Bull. civ.*, 1957.III.142. La Cour de cassation a observé notamment que l'action en comblement de passif social ne pouvant être intentée que par la masse, — et partant par des tiers à un éventuel contrat de mandat, — la disposition de l'article 1992 du Code civil ne saurait trouver ici application.

(4) Emmanuel DU PONTAVICE, « La réforme de la faillite », *J.C.P.*, 1968.I.2138, n° 58.

(5) A. HONORAT, *Juris-Classeur commercial*, anc. art. 437 à 614-26, Fasc. A 6, 1968, p. 27, n° 126.

dirigeants sociaux n'étant tenus à l'égard des tiers, d'aucune obligation contractuelle.

Ainsi, la responsabilité des dirigeants sociaux s'est encore dégagée du carcan contractuel : elle s'est légalisée.

La jurisprudence, cependant, n'a jamais quitté le mandat pour justifier ses solutions, au moins en ce qui concerne les causes de responsabilité.

TITRE II

LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ

(Notion de faute et causes de responsabilité)

161. L'étude des causes de responsabilité appelle une première observation : ayant tenté d'établir l'inadaptation de l'analyse contractuelle, nous retrouverons ici la projection des critiques formulées.

Pour le juge, en effet, l'analyse d'un fait fautif est indissociable du contrat de mandat, — et surtout de la diligence du mandataire, salarié ou non.

C'est cette fâcheuse assimilation qui se révèle être le premier obstacle à lever, par la dissipation de l'atmosphère contractuelle dans laquelle baignent les éléments de conviction du juge.

Il faut déshabituer le juge à procéder de façon isolée, en comparant chaque acte au degré de diligence requis du mandataire. L'influence de la conception classique du mandat pousse les magistrats (de façon plus ou moins consciente) à envisager la gestion sous la forme d'une succession d'actes isolés et distincts.

La notion de temps, la chronologie, sont alors plus des moyens d'individualisation des faits examinés qu'une technique de compréhension globale d'un contexte général.

Ainsi, seront répertoriés, et ajoutés — mais divisément — les faits fautifs ou nocifs, imputables aux dirigeants. Cette tendance repose à l'évidence sur une analyse viciée à l'origine, qui consiste à considérer chaque acte du « mandataire social » isolément pour une période déterminée.

Or, c'est ignorer que la gestion est une opération continue, mêlée d'orientation directrice, et de décisions circonstanciées.

Il en résulte qu'il serait plus logique d'envisager l'ensemble de la gestion, plutôt qu'une série d'actes pris isolément. La gestion

est un phénomène riche, mouvant et complexe. Elle ne peut être pénétrée que de façon indivisible, — à plus forte raison lorsqu'il s'agit de la sanctionner.

La première critique que l'on peut adresser, dès lors, à l'ensemble des décisions en la matière, est de ne point opérer en quelque sorte une compensation générale entre les phases de gestion équilibrée — voire bénéficiaire —, et les phases où l'action des dirigeants sociaux fut néfaste.

L'idée institutionnelle, par la permanence de la notion de fonction, rend mieux compte de la réalité. On pourrait dire, en schématisant, que l'on juge le mandataire à ses actes, et l'organe à son action.

Il existe un facteur de plus en faveur de l'adoption du système préconisé : la difficulté à isoler réellement les conséquences dommageables de chaque acte. Seule une appréciation globale de la gestion, et son résultat d'ensemble permettent un jugement de valeur, seul possible ici.

162. Le législateur l'a si bien senti qu'en matière de faillite personnelle, par exemple, il a sérié et répertorié les faits générateurs de responsabilité, «entendant transposer en droit privé le principe répressif du droit pénal» (1).

Désirant punir «civilement, comme il punit pénalement, il n'a pas respecté dans la détermination des actes fautifs la règle de légalité, fondement du droit pénal» (2). Il a donc fallu suppléer l'insuffisance de précisions des faits envisagés par le recours à des notions générales ou abstraites.

Il n'est certes pas possible de tout cataloguer. Cela n'est d'ailleurs pas souhaitable. Edicter cependant une sorte de code professionnel des obligations diverses d'un dirigeant social ne constitue nullement une hérésie. A l'instar des professions similaires, intermédiaires, agents d'affaires, etc... il serait opportun que soient réunies et concrétisées les diverses infractions à une bonne gestion, telles que relevées par une jurisprudence parfois séculaire.

La détermination préalable de fautes professionnelles ne peut qu'être bénéfique au recrutement de dirigeants sociaux : leur connaissance par ces derniers doit avoir un effet de dissuasion à l'égard de ceux qui acceptent des fonctions d'administrateurs sans entendre les exercer.

A l'apparition d'une sorte de déontologie est subordonnée l'existence de véritables garanties positives en faveur d'actionnaires dont l'incitation à l'épargne est sans cesse souhaitée.

Nous avons pris plus haut l'exemple de la loi du 13 juillet 1967, en matière de faillite personnelle, pourtant sanction civile : les qualifications de fautes punissables y sont nombreuses, et leur sup-

(1) Mme Renée ALLIOT, *Faillite*, ouvrage collectif réalisé sous la direction de M. RODIÈRE, Dalloz, 1970, p. 411, n° 28.

(2) *Eod. loc.*

port constitué par une présomption de faute inexcusable, ou de mauvaise foi.

Ces deux notions coexistent pourtant avec d'autres concepts plus abstraits, savoir par ordre de gravité : — la faute, l'incompétence manifeste (1), — la mauvaise foi, « l'imprudence inexcusable, les infractions graves aux règles et usages du commerce » (2).

L'imprécision même de ces dernières rend souhaitable, dans la mesure du possible, une « législation » des infractions à une bonne gestion. Il est plus simple de mettre en jeu la responsabilité lorsqu'une description objective du fait reproché suffit à démontrer la constitution de la faute.

Les exemples fournis par les articles 106 et 107 et suivants de la loi du 13 juillet 1967 sont à cet égard pleins d'enseignements : il semble que la connaissance par le dirigeant social des responsabilités qu'il encourt, provoquée à son entrée en fonctions aura un effet préventif que la construction jurisprudentielle du mandat ne saurait exercer.

La longue énumération des faits générateurs de responsabilité, faillite personnelle ou responsabilité pécuniaire, regroupés sous forme de rubriques générales, doit avoir un effet intimidant que ne peut remplacer « la conscience du mandataire » dont parlait Proudhon (3).

Il faut bien admettre, en examinant la loi du 13 juillet 1967, qu'en matière de faillite personnelle, le juge ne punit pas seulement la malhonneteté, mais encore l'incompétence (4).

(1) Art. 108 et s., L. 13 juill. 1967.

(2) Art. 106-5, L. 13 juill. 1967 (art. 575-10, anc. C. com.).

(3) Voir *supra*, n° 87, note 2.

(4) Il faut citer les faits envisagés par la loi de 1967 :

- la soustraction frauduleuse de la comptabilité,
- l'absence de comptabilité conforme aux usages de la profession eu égard à l'importance de l'entreprise,
- la dissimulation d'une partie de l'actif,
- la reconnaissance frauduleuse de dettes qui n'existeraient pas,
- les achats pour revendre en dessous du cours pour retarder la cessation de paiements,
- l'emploi, dans la même intention de moyens ruineux pour se procurer des fonds,
- la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire alors que la cessation de paiements était inévitable (ce fait bénéficiait de l'impunité — dans le domaine de la faillite — avant 1967. En revanche, la jurisprudence le sanctionnait relativement à la responsabilité personnelle),
- l'excès de dépenses personnelles et de maison,
- la consommation de sommes dans des opérations de pur hasard,
- la souscription pour le compte d'autrui d'engagements sans contrepartie, eu égard à la situation du débiteur ou de son entreprise au moment de leur conclusion,
- l'exercice d'une activité commerciale, ou d'une fonction de gérant, d'administrateur, de directeur général, de liquidateur contrairement à une interdiction prévue par la loi,
- l'exercice d'une profession commerciale par personne interposée,

Poser la règle préalable de la compétence ne peut inciter que les hommes compétents à accepter des fonctions objectivement déterminées. « Pour éviter dans une certaine mesure le contrôle *a posteriori* des connaissances et compétences des dirigeants d'entreprise, ne serait-il pas possible de mettre en application un certificat d'aptitude professionnelle à la profession commerciale ? » demande un auteur (1).

163. Nous indiquions plus haut que le grand reproche adressé à la conception du mandat, était de n'envisager que des actes, isolément considérés, alors que la gestion est une action continue.

Le problème risque de devenir plus aigu avec l'apparition d'institutions et de techniques nouvelles : telles que la suspension provisoire des poursuites, édictée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 (2).

Cet ensemble de mesures, complémentaire en quelque sorte des règles de la liquidation de biens et du règlement judiciaire, permet aux dirigeants de l'entreprise menacée de s'adresser au tribunal, pour obtenir une période de tranquillité, destinée à la mise en œuvre d'un plan d'apurement du passif, — à la condition de l'entreprise concernée ait une certaine importance économique au plan national, régional, voire local.

Or les manifestations judiciaires de cette technique récente démontrent à l'évidence que : « les diverses décisions rendues ont relevé l'existence de fautes de gestion de la part des dirigeants des sociétés demandereses : cela implique le plus souvent que le plan d'apurement et de redressement devra être subordonné à un changement de dirigeants » (3).

Or, pour des raisons évidentes, jusqu'à ce jour, les requêtes ayant saisi les tribunaux compétents ont toujours été présentées par les dirigeants en fonctions au moment où la situation de la société est obérée.

Se pose alors la question de l'effet exonératoire que revêt une telle initiative d'un dirigeant.

Lorsqu'un dirigeant, responsable en partie ou non, de la situation sociale, prend l'initiative de se placer sous la protection du tribu-

— le fait pour un dirigeant d'avoir usé des biens sociaux comme des siens propres,

— le fait pour une personne physique d'avoir masqué ses agissements sous le couvert de la personne morale contre laquelle a été ouverte une procédure de concours (art. 106 et 107),

— la non-déclaration de cessation de paiements (art. 108-2°).

Voir, pour un examen plus approfondi, des sources de faillite personnelle : Mme ALLIOT, *op. cit.*, p. 412 à 415.

(1) *Eod. loc.*, p. 416, n° 35.

(2) Voir notamment en ce qui concerne les changements de dirigeants, l'article 32 de ce texte.

(3) HOUIN, *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 164. Voir égal. *J.C.P.*, 1969.II.15753, et 15794, — 15800, — et 15708, sur des applications pratiques.

nal ne serait-il pas possible de lui tenir compte de cette attitude ? Et le redressement de l'entreprise — plus ou moins effectif — ne mériterait-il pas d'être pris en considération dans le même sens ?

Certes, ce comportement sera d'autant plus louable qu'est blâmable la continuation des affaires sociales malgré la perte de l'actif. Mais le dirigeant sera moins en quête de louanges que de causes d'exonération à une responsabilité constituée, et encourue du chef de la réduction momentanée de l'actif social.

Il faut citer à titre d'exemple le cas de ce président-directeur général d'une entreprise de conserverie, qui a présenté et obtenu du Tribunal de commerce de Toulouse (1) pour sa société le bénéfice de la législation tendant au redressement de l'entreprise.

Le tribunal observait particulièrement que depuis 1964, date de la création de la société, elle n'avait cessé de perdre de l'argent, — les causes de cette situation étant : un alourdissement inconsideré des frais généraux, de vente, et frais financiers, ainsi que des ventes à perte du fait d'une inorganisation commerciale, et de la méconnaissance du prix de revient.

De telles lacunes semblent révélatrices d'une incompétence redoutable. Des fautes ont été commises par cet administrateur, et sa responsabilité est engagée de ce chef.

Nous pensons cependant que tenir compte de son comportement alors qu'il éclairait le tribunal sur ses propres erreurs, et les possibilités de sa société correctement gérée, serait non seulement équitable, mais encore juridique.

Cette prise en considération n'est possible que dans le cadre d'une analyse globale de la gestion : nous l'analyserons juridiquement comme une tentative de réduction du préjudice occasionné par les fautes indéniables.

La faute de gestion accomplie, le préjudice qui en découle va se diluer dans les diverses causes de perte de la société. Permettre au dirigeant de tenter d'enrayer le processus de destruction du patrimoine social revient à l'inciter à réduire les conséquences dommageables de ses fautes.

Que la société revienne ou non à meilleure fortune, il devrait être possible de faire état de la tentative de redressement. L'avenir le dira... Mais une réponse affirmative ouvrirait la voie à une analyse globale de la gestion, assortie d'un système de compensation entre les faits nocifs et les actes bénéfiques à la société.

164. Cette parenthèse avait surtout pour but de prouver combien un système de responsabilité de type professionnel, posant *a priori* un certain nombre d'infractions « civiles », et reposant sur une appréciation globale de la gestion présente d'intérêt.

Or bien souvent, l'incertitude du juge le conduit à condamner l'auteur à une réparation proportionnelle « à la plus ou moins

(1) 24 janv. 1969, *J.C.P.*, 1969.II.15794, note Toujas.

grande probabilité qui lui paraîtra avoir le rapport de causalité entre la faute et le dommage» (1). Une codification des fautes « professionnelles », et une appréciation globale de la gestion réduiraient l'incertitude.

Nous pensons ici à une responsabilité déterminée : celle des médecins, par exemple. Sans que soit instaurée une comparaison entre les deux domaines — l'objet de l'activité médicale étant trop différent — Il faut souligner que la responsabilité médicale semble basculer dans une appréciation diffuse, — malgré la précision technique des fautes imputables aux praticiens.

C'est-à-dire que dans un domaine scientifique par essence, certains commentateurs, interprétant certains arrêts de la Cour suprême, ont observé (2) que lorsque le juge n'osait pas affirmer que la faute commise par le praticien était totalement génératrice du préjudice causé au patient, il se servait en quelque sorte de son doute pour rendre « une sentence mitigée » (3), une décision de responsabilité partielle.

Cette atténuation du principe de causalité est apparue néfaste dans un domaine où ne sont jugés pourtant que des actes isolés, ou isolables : une opération, une intervention sur un patient sont des évènements où un incident est facilement détectable. Il est cependant arrivé au juge, en de telles occasions, « d'escamoter » le principe de causalité (4).

Que penser alors du problème de l'examen global de la gestion, où les fautes se mêlent aux actes louables, et où les conséquences heureuses peuvent disparaître devant les incidences néfastes ! Comment empêcher le juge d'abriter son doute derrière la confusion engendrée par plusieurs années de gestion ?

En d'autres termes, et pour conclure, si dans une profession où les rapports entre le médecin et son patient sont simples, se révèlent de telles difficultés, il faut craindre dans la matière qui nous occupe la dilution des fautes et des responsabilités.

Allant à l'encontre de tout ce que recouvre d'imprécis l'analyse du mandat, nous tenterons d'opérer une classification entre les obligations que ne doivent pas violer les organes de gestion. Celles-ci se divisent en deux catégories ; celles qui résultent d'actes de gestion, — et celles qui sont étrangères à tout acte de gestion.

Ceci peut paraître paradoxal, alors et surtout que, nous l'avons indiqué, c'est la faute qui est le critère fondamental de la responsabilité des dirigeants sociaux.

(1) SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *Chron. D.*, 1970, p. 123, n° XXVII.

(2) A. RABUT, *J.C.P.*, 1970.II.16422.

(3) M. SAVATIER, *Chron. précitée D.*, 1970, p. 123.

(4) *Cass. civ.*, 14 déc. 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14753, et 18 mars 1969, et 27 janv. 1970, *D.*, 1970, *Somm.* 70 ; *J.C.P.*, 1970.II.16422, note précitée A. Rabut.

Cette attitude a soulevé de nombreuses réserves de la part de magistrats et de praticiens. Voir les références citées par M. SAVATIER, *loc. cit.*, p. 126.

Il pourrait donc *a priori* sembler qu'en dehors de tout acte entrant dans l'exercice des fonctions, il ne saurait exister de responsabilité. La faute ne peut en effet apparaître qu'à partir de la prise de fonctions.

C'est dire que dans un sous-titre premier, nous allons étudier la responsabilité encourue antérieurement à toute opération de gestion, — pour aborder dans un second sous-titre la responsabilité découlant d'actes accomplis dans l'exercice effectif des fonctions.

SOUS-TITRE I

LES RESPONSABILITÉS ENCOURUES ANTÉRIEUREMENT A TOUTE OPÉRATION DE GESTION

165. Il s'agit ici de la responsabilité dérivant des irrégularités commises lors de la fondation de la société.

De prime abord, s'agissant de la responsabilité des administrateurs, il pourrait paraître surprenant de l'envisager, car on ne peut valablement parler d'administration avant que l'être moral ait été constitué régulièrement.

Comment alors admettre que soient sanctionnées des instances qui ne sont pas encore constituées ? Un organe qui n'est pas encore investi de ses fonctions ne peut en effet commettre de faute, — de moins à première vue.

C'est pourquoi, reprenant cette argumentation, d'aucuns décidèrent qu'il s'agissait ici d'une responsabilité sans faute.

L'interprétation rigoureuse par la jurisprudence de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 devait renforcer cette opinion. La notion de risque fut alors avancée.

Le raisonnement même de la jurisprudence consécutive à la loi de 1867 pouvait inciter les commentateurs à retenir cette idée : pour les cours et tribunaux, la nullité de la société anonyme la faisait dégénérer en société de personnes, où chacun des associés était solidairement et indéfiniment responsable des dettes sociales.

Peu importait dans ces conditions la faute commise par l'administrateur. Nous verrons plus avant l'évolution de cette solution, mais d'ores et déjà, une question se pose, à laquelle il faudra répondre dans ce sous-titre premier : la faute est-elle ici exclue ?

Dans la négative, nous retrouverons le thème unique de cette étude, et son aboutissement pratique : permettre à des dirigeants sociaux, par la connaissance préalable des obligations qui leur incombent, d'éviter la commission d'erreurs.

Dans l'affirmative, il faudrait remarquer que le domaine considéré serait réellement le seul où la faute ne soit pas une constante de la responsabilité.

La réponse négative s'impose. Si dans un premier temps, la faute n'a eu pour rôle que de déterminer le champ d'application de la loi, dans un second temps (aujourd'hui consacré par la loi de 1966) elle a repris une place prépondérante.

CHAPITRE I

L'ARTICLE 42

DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867

ET SON INTERPRÉTATION

166. Dès avant 1867, le législateur avait instauré une responsabilité consécutive à la constitution irrégulière d'une société en commandite par actions : y étaient soumis le gérant, et les membres du conseil de surveillance, pour l'entier passif social (1).

Puis l'article 25 de la loi du 23 mai 1863 (2) décida que la nullité de la société devait entraîner la responsabilité des personnes chargées de sa constitution.

Bien que l'on ait reproché à ce texte son caractère imprécis, l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 allait reprendre purement et simplement la loi de 1863. Il décidait que « lorsque la nullité de la société, ou des actes et délibérations, a été prononcée, les fondateurs auxquels la nullité est imputable, et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires ».

Le laconisme de ce texte, — notamment à propos de l'étendue et de la nature de l'obligation ainsi mise à la charge des premiers dirigeants de la société anonyme — s'alliait à une apparente anomalie. Comment, en effet, sanctionner des personnes pour des actes qu'elles ne peuvent par hypothèse avoir commis ? Si les fondateurs pouvaient être justiciables de ces dispositions à raison des irrégularités commises, on se demandait en revanche comment pouvoir leur adjoindre les administrateurs (3).

La doctrine suggéra plusieurs interprétations de ce texte. Plus constante se révéla la jurisprudence, qui respecta pratiquement un certain système fondé sur la notion de faute, — jusqu'à ce que le législateur la consacre.

(1) L. 17 juill. 1856, D., 1856.4.106.

(2) D., 1863.4.65.

(3) Cette affirmation se retrouve en sens inverse : l'on voit mal comment les fondateurs pourraient être tenus pour responsables de la nullité des « actes et délibérations ».

SECTION I

LES INTERPRÉTATIONS DOCTRINALES

Limitant le problème au seul cas de nullité de la société anonyme pour vices de constitution (autres que le défaut de publicité) (1), plusieurs conceptions se développèrent. En les classant par ordre croissant de sévérité, se pose d'abord la question de l'existence même d'une responsabilité, avant de se poser celle de l'étendue de cette responsabilité.

a) Existence hypothétique d'une responsabilité des administrateurs.

167. Certains auteurs, interprétant strictement les termes de la loi, en conclurent qu'il n'existait même pas de responsabilité des administrateurs à raison des vices constitutifs, quand bien même il ne s'agirait que des premiers administrateurs. Selon eux, en effet (2), une distinction était à opérer entre les diverses hypothèses considérées par la loi.

D'une part, en cas de nullité prononcée pour inobservation des articles 23, 24 et 25 de la loi du 24 juillet 1867, les fondateurs — et eux seuls — devaient être solidairement responsables envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation.

D'autre part, la seule hypothèse où les administrateurs puissent être recherchés est celle de la nullité « d'actes et de délibérations », — étant alors précisé qu'étaient responsables les seuls administrateurs en fonctions à ce moment.

Ce clivage repose essentiellement sur une exégèse serrée de la loi, qui tranche dès l'abord sur le problème de l'imputabilité, — et partant de la responsabilité.

Il s'agit en effet pour l'instant non point de l'étendue de la responsabilité des administrateurs (intégralité du passif social, ou montant du préjudice causé par la nullité) mais bien du principe même de l'existence d'une responsabilité pour irrégularité de constitution.

Une partie de la doctrine considérait donc que l'irrégularité constitutive ne concernait pas les administrateurs, — ces derniers n'étant obligés qu'à raison de l'annulation des actes ou délibérations survenant durant l'exercice de leurs fonctions.

C'est ici le système le plus libéral : de par son champ d'application, il limite singulièrement la responsabilité des administrateurs. En

(1) L. 24 juill. 1867, art. 58.

(2) DELOISON, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1882, t. II, p. 541 et 542, n° 463.

revanche, lorsque l'on dépasse l'exégèse, c'est l'étendue de l'obligation des administrateurs qui est déterminante.

b) La nature de la responsabilité des administrateurs, et la détermination de son étendue.

168. C'est un problème technique qu'il faut aborder. La réponse à y apporter conditionnera la position d'ensemble à adopter : selon l'étendue du préjudice à réparer, la faute perdra sa place, ou en revanche, l'unicité des causes de responsabilité sera respectée.

Dans le silence des textes, le problème se posait donc de savoir s'il s'agissait d'une responsabilité pour faute, ou d'un cas de responsabilité personnelle, assimilable à celle des associés en nom et couvrant l'entier passif social (1).

Respectant l'ordre croissant de sévérité adopté, il faut étudier deux fondements possibles : le droit commun de la responsabilité délictuelle, — et la disparition de la personne morale.

1° Le droit commun de la responsabilité.

Dans cette formulation, nous rappellerons rapidement que les créanciers, pour faire jouer les dispositions de l'article 42 de la loi de 1867, devraient prouver que la nullité provient d'une faute des fondateurs et premier administrateurs, et que cette faute leur cause un préjudice qui en est la conséquence directe.

La faute, clé de voûte du système, conditionne alors toute la construction : elle se retrouve à tous les niveaux. Pour déterminer d'abord la personne de la victime, c'est-à-dire toute personne ayant subi un préjudice à raison des agissements incriminés.

Pour déterminer ensuite les auteurs, enfin et surtout pour évaluer le préjudice, et la réparation de ce dernier : il faudra réparer tout le préjudice causé, — mais rien que le préjudice causé, et ce dans le cadre de la solidarité édictée par la loi.

La reconnaissance de la faute caractérise donc cette première justification. Elle aurait l'avantage de ne point multiplier les causes de responsabilité des dirigeants sociaux. Or l'unicité est un facteur de simplicité.

Cette unicité serait rompue si l'on adoptait, pour fonder la responsabilité des premiers dirigeants sociaux, un second schéma, étranger à la notion de faute, et rattaché à la disparition de la personnalité morale. Par cette disparition, l'écran résultant de l'existence de l'être moral ne cache plus la personne des associés, qui sont dans la situation d'associés en nom.

(1) Voir à ce sujet D. VEAUX, *op. cit.*, p. 279 et s., n° 144.

2° La disparition de la personne morale et la responsabilité des dettes sociales.

Il serait ici tentant de concevoir que les fondateurs, et surtout les premiers administrateurs, une fois constatée la nullité de la société soient assimilés à des associés en nom. Ils encourraient donc une « responsabilité personnelle » (1).

La faute disparaît alors, puisque chaque créancier social peut agir en responsabilité, quand bien même aucun préjudice ne lui aurait été causé par la nullité : « le bénéfice de la responsabilité est alors attaché à la qualité de créancier, et non à celle de victime » (2).

De ce chef, l'étendue même de la responsabilité s'en trouve accrue : au lieu de supporter le montant des dommages-intérêts calculés en fonction du préjudice subi, l'administrateur (devenu commerçant au même titre qu'un associé en nom) subit les dettes sociales en entier : il encourt d'ailleurs la « faillite ».

L'administrateur ne peut s'exonérer — pas plus que le fondateur — en invoquant « la faute de la victime », — en l'occurrence l'éventuelle participation du créancier social à la nullité.

La faute est abandonnée, au profit d'un système similaire à celui de la société de fait. Cette conception avait au moins le mérite d'apaiser les scrupules de ceux qui se demandaient à quel titre des administrateurs, — antérieurement à toute opération de gestion — pouvaient être poursuivis en l'absence de faute.

L'attente de la solution jurisprudentielle fut illusoire. Comme à son habitude, la jurisprudence allait « construire un système bâtarde, empruntant ses éléments tantôt à l'une des interprétations, tantôt à l'autre » (3).

La jurisprudence n'a pu se résoudre à quitter définitivement la notion de faute.

SECTION II

L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

Décidant dans un premier temps que la faute était inutile pour l'application de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867, la jurisprudence devait par la suite y revenir pour délimiter le champ d'application de la loi, puis pour en faire une condition de la responsabilité.

(1) D. VEAUX, *op. cit.*, p. 280, n° 144.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*, p. 281, n° 145.

§ 1. — La faute n'est pas une condition de responsabilité

169. Dans un premier temps, donc, la faute ne constitue pas l'un des éléments de la responsabilité : la constatation de la nullité suffit à ouvrir la voie à cette dernière.

En effet, la faute n'a été recherchée par les Tribunaux que dans des hypothèses marginales, et lorsque faisait défaut l'une des conditions légales de la responsabilité édictée par l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 : ainsi lorsque l'un des administrateurs complices de la fraude commise n'a été nommé à ses fonctions que postérieurement à la constitution de la personne morale (1).

Hormis ces cas exceptionnels, les tribunaux ne recherchaient pas forcément une faute déterminée : leur analyse se limitait à l'acceptation par le dirigeant de ses fonctions, en l'état de la nullité de la société.

L'acceptation des fonctions d'administrateur d'une société déjà frappée d'un vice de constitution ne crée pas ce dernier, — et partant ne devrait pas entraîner de faute génératrice de préjudice pour les tiers, l'irrégularité étant antérieure à l'acceptation des fonctions.

Sans rechercher l'imputabilité de la faute, les tribunaux réagissaient contre celui qui avait accepté les fonctions, « alors même qu'il n'aurait commis aucune faute personnelle » (2).

L'on peut rapprocher cette situation de celle des fondateurs, dont la responsabilité est encourue s'ils ont participé aux causes de la nullité, « peu important leur bonne foi » (3). Cette comparaison s'arrête cependant ici, car les seconds précèdent les premiers dans l'irrégularité commise.

La faute n'étant pas une condition de la responsabilité, il fallait bien rechercher ailleurs la source de l'obligation des administrateurs concernés par l'article 42. C'est ce que fit la jurisprudence, en s'appuyant sur la disparition de la personnalité morale de la société.

Cette conception, facilement admissible sous l'empire des dispositions du Code de commerce de 1807, devint inopérante avec l'avènement de la loi de 1863 d'abord, — puis de celle du 24 juillet 1867 ensuite (4).

(1) Paris, 8 janv. 1886, D., 1886.2.216.

(2) Cass. civ., 8 nov. 1886, D.P., 1887.1.9 ; S., 1887.1.353, note Labbé ; Cass. civ., 27 janv. 1873, D.P., 1878.1.331 ; Paris, 28 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 14 avr. 1923 ; Cass., 7 janv. 1930, *Rev. soc.*, 1930, p. 68 ; *Journ. soc.*, 1930.413 ; Cass., 13 juin 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.487. Cf. MOREAU, *op. cit.*, t. I, 1946, p. 322, n° 402.

(3) Douai, 15 avr. 1897, *Journ. soc.*, 1898.26.

(4) Avant 1863 et 1867, en effet, l'autorisation préalable par le Conseil d'Etat étant une condition d'existence de la personne morale, la jurisprudence estimait — faute de régularité — être en présence d'un groupement informe assimilable à une société en nom collectif de fait, chacun des membres étant responsable indéfiniment : Cass. req., 25 févr. 1879, S., 1881.1.461.

170. Avec la liberté de constitution, et la floraison de nullités qui s'en suivirent, apparut nécessaire la recherche d'un critère des actes substantiels et des actes secondaires.

Etaient secondaires, — et sans effet donc sur la personnalité morale de la société — les nullités des délibérations, nonobstant les termes de l'article 42. N'entraînant pas la disparition de la personne morale, la nullité d'une délibération ne pouvait faire jouer la responsabilité prévue par cet article.

En revanche, lorsque l'irrégularité constituait un obstacle à la formation de la personnalité morale, était constituée la première condition de cette responsabilité personnelle. C'est l'obstacle à la création de la personne morale qui a retenu la jurisprudence (1).

Dans un premier stade, donc, les tribunaux écartaient la société anonyme, pour lui substituer une société en nom collectif de fait, où chaque associé était personnellement responsable du passif social.

Très vite, cependant, la solution jurisprudentielle apparut fragile, à telle enseigne que certains auteurs tentaient de justifier la responsabilité des premiers administrateurs par une obligation de vérifier la régularité de la constitution de la société (2).

Assimilant dès lors les administrateurs statutaires aux membres du premier conseil de surveillance dans la société en commandite par actions, M. Vavasseur (3) leur imposait cette obligation de vérification.

Réalisant cependant l'absence de texte à ce sujet, cet auteur précisait « qu'il importait peu que cette obligation ne soit pas textuellement imposée... aux administrateurs statutaires, car ayant la responsabilité, ils ont le devoir : l'un n'est en effet que la sanction de l'autre ; la conséquence implique virtuellement le principe ».

Pour critiquable que soit ce raisonnement, il a eu le mérite d'inciter la doctrine à chercher un fondement plus réaliste à l'oblition des administrateurs, et la jurisprudence à nuancer sa position.

§ 2. — La réapparition de la faute

171. Au sentiment diffus de culpabilité dégagé par M. Vavasseur, il fallait une structure juridique plus robuste. Doctrine et jurisprudence réintroduisirent la notion de faute, en la considé-

(1) La jurisprudence a retenu cette responsabilité lorsque l'irrégularité provenait de la transformation d'une société en commandite par actions par création d'un être moral nouveau. Lorsque la transformation ne portait pas atteinte à l'être moral déjà constitué, les tribunaux n'appliquaient pas l'article 42. Cf. Paris, 16 août 1879, *Journ. soc.*, 1880.118.

(2) VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 6^e éd., Paris, 1910, t. II, p. 64, n° 726.

(3) *Loc. cit.*

rant non plus comme une condition d'existence de la responsabilité, mais comme un moyen de déterminer « le domaine d'application de l'article 42, en tant que règle de droit objectif » (1).

« Seront donc responsables ceux qui, en raison de leurs fonctions, et de leur rôle dans la société doivent être présumés coupables de la nullité » (2).

L'interférence croissante de la notion de faute délictuelle allait compléter le système jurisprudentiel, approuvée par la doctrine. Certes, la commission d'une faute n'était pas toujours exigée pour obliger personnellement les sujets concernés par l'article 42 à supporter le passif social. Leur degré de culpabilité influait simplement sur le champ d'application de la loi.

La faute opérait donc un retour en force. Elle débordait même sur les fondateurs : « le fondement de la responsabilité des membres du premier conseil diffère du fondement de la responsabilité des fondateurs. Les fondateurs sont responsables parce qu'ils ont violé les prescriptions impératives de la loi, les administrateurs parce qu'ils ont manqué de vigilance. Dans le premier cas, il y a faute par commission ; dans le second, faute par omission... » (3).

Cette idée se retrouvait chez plusieurs auteurs : « il y a faute suffisante, dit l'un d'eux, dans le fait d'avoir accepté le titre et les fonctions d'administrateur sans s'être au préalable assuré que les prescriptions légales de constitution avaient été respectées avec rigueur et sincérité » (4), — un second parle encore de « précaution élémentaire » (5), un autre enfin « d'obligation légale » (6).

172. Nuançant ainsi la position première qu'elle avait adopté, la jurisprudence précisait que la responsabilité civile qui découlait de cette obligation imposée par la loi aux administrateurs existait par le seul fait qu'ils ont accepté cette qualité et ces fonctions : il n'est pas nécessaire d'établir à leur charge une faute autre que celle d'avoir accepté titre et fonctions sans s'être assurés que les prescriptions de la loi avaient été rigoureusement et sincèrement remplies (7).

La notion de faute se dessina tant et si bien qu'elle en vint à escompter le système de la société de fait : dans un premier stade, la jurisprudence exonérait de toute obligation au passif social contracté *après* sa démission, un administrateur statutaire, puis-

(1) Daniel VEAUX, *op. cit.*, p. 284, n° 156.

(2) *Loc. cit.*

(3) ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, 1951, t. II, *Les sociétés commerciales*, n° 883, p. 368 et s.

(4) GORÉ, *Société anonyme*, Dalloz ; *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, 1958, p. 732, n° 356.

(5) D. VEAUX, *op. cit.*, p. 293.

(6) PIC, *Des sociétés commerciales*, t. II, 1925, n° 1029, p. 443.

(7) Cass., 7 janv. 1930, *Rev. soc.*, 1930.68 ; Cass., 13 juin 1936, *Rev. trim. soc.*, 1937.36.

qu'il n'était plus membre de la société de fait consécutive à la nullité de la société anonyme (1). N'ayant plus la qualité de membre du groupement de fait, en l'état de sa démission, il pouvait paraître logique que cet administrateur soit exonéré de l'obligation au passif social.

La Cour suprême en a décidé autrement, en abandonnant le système de la société de fait : elle a en effet indiqué que la démission ne pouvait avoir pour effet d'effacer la faute commise à la constitution de la société, par l'administrateur acceptant ses fonctions sans avoir vérifié la régularité de la personne morale. La démission n'effaçait pas l'irrégularité, — pas plus que la responsabilité qui en découlait (2). C'est sans doute l'illustration la plus nette de la prééminence de la notion de faute sur celle de l'appartenance à une société de fait.

Cette résurgence de la notion de faute était d'autant plus souhaitable que le système proposé de la responsabilité indéfinie et solidaire aboutissait à une inégalité entre les tiers et les actionnaires ; en effet, la jurisprudence interprétait le texte primitif (3) de l'article 42 en ce sens que « la responsabilité envers les tiers s'étendait à tout le passif social ; comme celle d'associés en nom collectif, — mais que la responsabilité envers les actionnaires demeurait régie par le droit commun... » (4).

La condition des tiers se révélait alors fort avantageuse, puisqu'en cas d'annulation de la société, les premiers administrateurs et fondateurs étaient personnellement et indéfiniment responsables à l'égard des créanciers sociaux de la totalité du passif, sans aucune distinction possible quant à l'origine du préjudice. « La responsabilité des intéressés était engagée dans l'hypothèse même où la ruine de la société provenait de toute évidence de toute autre cause que l'annulation de la société, ou de l'existence du vice de constitution retenu » (5).

Ces confusions, cette inégalité, et l'abandon brutal par certaines décisions de la notion de faute allaient conduire le législateur à modifier l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867, en édictant la loi du 1^{er} août 1893, qui remettait sur la sellette le mot de « dommage » (6) et la notion de faute.

Le retour au droit commun allait être généralement bien accueilli,

(1) Paris, 28 mai 1869, D., 1869.2.145.

(2) Cass., 13 nov. et 14 nov. 1876, D., 1878.1.6.

(3) « Sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires ».

(4) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. I, 1954, p. 752, n° 631.

(5) ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, t. II, 1951, p. 374 et s., nos 387 et s.

(6) « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable, et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation ».

car la responsabilité spéciale ainsi instaurée n'avait rien d'incompatible avec le droit de la responsabilité délictuelle (1).

SECTION III

LA CONSÉCRATION DE LA FAUTE : LA LOI DU 1^{er} AOÛT 1893

Cette étude de textes périmés, présente un intérêt certain, relatif à l'intégration de la notion de faute dans le système de responsabilité générale des dirigeants sociaux.

Ayant mesuré l'iniquité du système jurisprudentiel, le législateur a donc à nouveau centré expressément la responsabilité sur l'idée de faute.

Mettant un terme aux hésitations prétoriennes, la loi allait cependant conserver ce qui était en harmonie avec la solution nouvelle. La responsabilité personnelle cédant le pas à la responsabilité civile, la constatation de la nullité de la société, malgré les termes de la loi, passait au second plan.

La nullité se voyait assigner un rôle limité, aussi bien dans le fondement de l'action, que dans son régime juridique.

§ 1. — La limitation du rôle de la nullité quant au fondement de l'action

173. Si la loi de 1893 exige qu'ait été prononcée la nullité de la société, ou des actes et délibérations (2), elle subordonne encore et surtout la responsabilité des premiers administrateurs et des fondateurs à la commission d'une faute génératrice d'un préjudice.

L'importance de la faute est ici telle qu'il a été soutenu que l'action en responsabilité pouvait être intentée à titre principal, sans que soit demandée la nullité (3).

Même la doctrine favorable à l'annulation préalable de la société a dû admettre que dans une hypothèse, l'action en responsabilité peut intervenir à titre principal, sans demande d'annulation.

« Lorsque moins de trois ans se sont écoulés depuis la constitution

(1) ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, n° 877, p. 361.

(2) « Lorsque la nullité de la société ... a été prononcée aux termes de l'article précédent... ».

(3) Cass., 29 mars 1936, *Gaz. Pal.*, 1938.2.59. Cf. MOREAU, *op. cit.*, p. 323, n° 402. Ce problème s'est posé à propos de la compétence des tribunaux chargés de trancher les demandes en responsabilité intentées par des tiers, sans que soit demandée la nullité. Nous verrons plus loin que la doctrine s'est partagée entre les tribunaux civils et consulaires : le nombre des références invoquées conduit à penser que de telles actions n'étaient pas isolées.

irrégulière de la société, et que le vice est couvert par l'accomplissement des formalités substantielles omises *ab initio*, l'action en responsabilité subsiste seule» (1).

Or, si la nullité était la seule source de responsabilité, le fait qu'elle soit couverte devrait rendre inopérante une action à l'encontre des fondateurs et premiers administrateurs. Il faut donc bien concevoir que le rôle de la nullité se borne ici à l'établissement de la preuve de la faute : si la nullité est prononcée préalablement, il y a une présomption de faute qui frappe les personnes visées par la loi. En revanche, à défaut de nullité préalable, il appartiendra aux demandeurs à l'action de prouver la faute provenant de la constitution de la société, et le préjudice qui en est découlé (2).

L'obligation au passif social à titre personnel et indéfini, adoptée par les tribunaux après la loi du 24 juillet 1867, dans sa rédaction originelle, n'a rien de commun avec cette responsabilité.

Dès lors, cette « action spéciale en responsabilité solidaire, subordonnée en principe à l'annulation préalable de la société » (3) rejoint également le domaine de la faute délictuelle, et laisse la porte ouverte à l'unicité.

En réalité, la responsabilité de « plein droit » soulignée par certains auteurs n'est qu'une responsabilité fondée sur une présomption de faute, lorsque la nullité de la société a été prononcée. Si les premiers administrateurs « sont certainement responsables de plein droit de la nullité de la société, c'est justement parce que l'acceptation de leurs fonctions dans une société nulle implique par hypothèse une négligence de leur part » (4). La nullité ne joue dès lors que le rôle de déclic à l'existence de la présomption : on s'en aperçoit avec l'étude du régime juridique de l'action en responsabilité.

§ 2. — La limitation du rôle de la nullité quant au régime juridique de l'action en responsabilité

174. Le régime de l'action en responsabilité s'inspirait, avec la législation de 1893 de celui de la responsabilité délictuelle. Est ici exclue la responsabilité contractuelle.

(1) PIC, *op. cit.*, p. 434, n° 1024. Pour cet auteur, dépendant, cette exception serait plus apparente que réelle, puisque, « pour réussir dans son action, le demandeur doit être en mesure d'établir l'existence d'un vice initial qui aurait fatalement entraîné l'annulation sans la régularisation effectuée *ex post facto*. Nous voyons cependant que le rôle de la nullité se limite à l'établissement d'une présomption de faute, sans que change la nature de la responsabilité.

(2) Voir notamment à ce sujet la remarquable construction de M. VEAUX, *op. cit.*, p. 296, n° 155 et s.

(3) Cass. req., 29 mars 1938, *Rev. soc.*, 1939.53 ; *Gaz. Pal.*, 1938.2.59.

(4) VEAUX, *op. cit.*, p. 296, n° 155. Voir égal. CHAMBAZ et LEBLOND, *Précis des sociétés*, n° 738 ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 507.

Le droit d'agir est désormais attaché à la qualité de victime, et non plus, comme précédemment à celle de créancier social : seule peut agir la victime du dommage provenant de la nullité.

La faute apparaît ici encore : la « victime » ne doit pas être en faute elle-même (1), à peine de se voir opposer un partage de responsabilités, limitant l'étendue de la réparation. celle-ci est d'ailleurs exclusivement conditionnée par le préjudice : c'est l'effet majeur de la loi du 1^{er} août 1893 que de faire disparaître la responsabilité personnelle et indéfinie.

Enfin, il s'agit d'une responsabilité civile, exclusive de la qualité de commerçant, indissociable de celle d'associé en nom de fait : faute de paiement des dommages-intérêts alloués, l'administrateur n'encourt point de procédure de concours.

Il faut encore observer que même la solidarité édictée par le législateur se modifie : ne trouvant plus son fondement dans la qualité d'associé indéfiniment responsable du passif social, elle dégénère en obligation *in solidum*. Le recours du débiteur qui a payé est en effet possible contre les autres (2), et ce sur le fondement de l'importance de la participation de chacun dans la faute commise. Est ainsi rejeté le critère de la participation dans la société pour délimiter la contribution à la dette (3).

La loi du 1^{er} août 1893 a régi la matière jusqu'à la réforme de 1966. Elle a préparé le thème retenu par cette réforme, tendant à l'unicité des responsabilités autour de la notion de faute.

(1) PIC, *Sociétés commerciales*, t. II, n^{os} 1031 et s. ; CHAMBAZ et LEBLOND, *op. cit.*, n^o 741 ; ROUSSEAU, *Sociétés commerciales*, t. I, n^o 2034.

(2) Req., 23 janv. 1895, D.P., 1895.1.173.

(3) THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, n^o 564 ; HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité des sociétés*, t. I, n^{os} 827 et s. ; D. VEAUX, *op. cit.*, p. 298.

CHAPITRE II

L'APPORT DE LA RÉFORME DE 1966

175. Cet apport est très important : la notion de nullité ayant subi de nombreuses restrictions, les responsabilités qu'elle engendrait devaient nécessairement en subir le contre-coup.

Les causes de nullité ayant en effet pratiquement disparu du texte de la loi, les conséquences même de la nullité devaient être différentes (1). Si le droit antérieur décidait qu'une société nulle devait être considérée comme une société de fait, le droit nouveau assimile la nullité à une dissolution par voie de justice, avec effet futur.

Ainsi, la responsabilité engendrée par la nullité de la société, malgré la réduction de son champ d'application, subsiste, aux côtés d'une autre responsabilité, encourue en dehors de toute annulation. Cette dualité de causes de responsabilité trouve son explication, sinon sa justification — dans l'évolution qui a présidé à l'élaboration de la réforme des sociétés commerciales.

Il était normal, dans le cadre de l'annulation, de prévoir une responsabilité : c'est ce qu'a fait notamment l'article 242 de la loi nouvelle (2), complété par l'article 370 du même texte (3).

En revanche, une responsabilité s'est superposée à la précédente, lorsque quittant le domaine du contrôle judiciaire préalable à la constitution de la société, le législateur inséra à la loi son article 6, prévoyant la nécessité d'une déclaration de conformité antérieure

(1) Voir à ce sujet J. P. SORTAIS, *Encyclopédie Dalloz*, 1971 ; *Droit commercial*, t. 3, V° S.A., nos 212 et s.

(2) « Les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue, *peuvent* être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés ».

(3) « L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrit par 3 ans à compter du jour où *la décision* est passée en force de chose jugée.

La disparition de la cause de nullité ne met pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entachée. Cette action se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité a été couverte ».

à l'immatriculation au registre du commerce. Cette responsabilité est prévue et sanctionnée par l'article 7 de la loi du 24 juillet 1966 (1).

Quoi qu'il en soit, rien n'est changé dans la nature de la responsabilité des administrateurs : elle demeure fondée sur la notion de faute, prise en tant que violation d'une obligation légale préexistante.

Deux articles de la loi du 24 juillet 1966 sont ici concernés. La section première traitera de l'article 7, — et la seconde de l'article 370 de cette loi.

SECTION I

LA NOTION DE FAUTE ET L'ARTICLE 7 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1966

176. Certaines caractéristiques pourraient laisser ici à penser que la faute aurait été abandonnée, au profit d'une responsabilité de plein droit : les termes « sont solidairement responsables », la prescription allongée quittant le terrain uniforme des trois années, le fait enfin que le législateur soit muet sur le point de savoir si l'irrégularité a ou non été couverte entre-temps.

Cependant, la faute réapparaît avec l'examen des articles 6 et 7 de la loi du 24 juillet 1966, ainsi que les articles 69, 75 et 95 du décret du 23 mars 1967. La loi fait obligation en effet aux dirigeants sociaux d'affirmer « que cette constitution a été réalisée en conformité de la loi et des règlements ».

Le défaut de publicité, l'irrégularité dans la tenue de l'assemblée constitutive, par exemple, discrètement passés sous silence dans la « déclaration de conformité » seront ainsi source de responsabilité.

Celle-ci est caractérisée davantage par la violation de l'obligation de sincérité et de vérification posée par la loi, que par la commission même de l'irrégularité. C'est d'ailleurs dans cet esprit que le législateur a édicté les règles des articles 6 et 7 de la loi : faute de contrôle préalable, il fallait attirer l'attention des dirigeants et fondateurs à l'occasion de la nécessaire réitération de leurs actes.

Ayant ainsi le devoir de s'assurer de la régularité de la constitu-

(1) « Les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables en cas de modification des statuts, aux membres des organes de gestion, d'administration, de direction, de surveillance, et de contrôle en fonction lors de ladite modification. L'action se prescrit par dix ans à compter de l'accomplissement de l'une ou l'autre — selon le cas — des formalités visées à l'article 6 alinéa 4 ».

tion (1), les premiers administrateurs (et les suivants, en cas de modification des statuts) cristallisent cette obligation par la signature de la déclaration de conformité qui leur incombe. Le fait de signer cette déclaration fait présumer la faute à l'encontre des signataires (2).

La nouveauté procède ici essentiellement de cette prise de conscience que constitue la déclaration de conformité : ce pas franchi, le dirigeant est présumé en faute.

Nous retrouvons donc ici encore la notion de faute : seul change le mode de preuve de cette faute, la charge de la preuve est renversée, alourdissant ainsi la tâche du responsable désireux de s'exonérer.

De l'avis unanime, ce système ne saurait remplacer en efficacité celui du contrôle judiciaire préalable.

Le fait que la prescription posée par l'article 7 de la loi soit anormalement longue pour le droit des sociétés ne modifie en fin de compte en rien la nature de l'action. En effet, cette prescription de dix années, qui court de la date d'immatriculation au Registre du commerce (3), et que l'on retrouve à propos de la modification des statuts, n'influence pas la nature de la responsabilité.

Il reste certes une contradiction entre l'article 370 et l'article 7 de la loi, ce dernier englobant des hypothèses plus générales que le premier.

Est-ce à dire que la généralité de l'article 7 lui confère une prééminence sur la spécialité des termes de l'article 370 ? « La réponse paraît douteuse » (4).

Cette disparité se retrouve entre la faute pénale et la faute civile (5) génératrices respectivement de prescriptions différentes. Si la faute constituée par un délit pénal voit l'action qui la sanctionne se prescrire par trois ans, l'action en réparation d'un délit ou quasi-délit civil se prescrit par trente années (6).

Et cependant, la nature de la faute ne change pas. L'on ne peut donc trouver dans l'allongement de la prescription de trois à dix ans de justification sérieuse à l'éviction de la notion de faute pour fonder la responsabilité considérée. Cette solution législative confirme

(1) RODIÈRE et HOUIN, *Précis de droit commercial*, t. I, Paris, 1968, n° 365 ; HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, t. I, n° 630 ; RIPERT et ROBLOT, 3^e éd., 1968, n° 1136. Voir égal. Cass. crim., 16 janv. 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13612, note J. R., et Paris, 1^{er} juill. 1966, D.S., 1966.J.653 et *J.C.P.*, 1967.II.15033, note Nicole Bernard, en ce qui concerne les augmentations de capital).

(2) Yves GUYON, *Jurisclassueur des sociétés*, Fasc. 132, n° 31.

(3) *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes Joly, Société A. V° Nullités*, n° 50 ; GUYON, *loc. cit.*, n° 194.

(4) Yves GUYON, *Jurisclassueur des sociétés*, Fasc. 132, n° 194.

(5) Il existe indéniablement une anomalie dans le fait qu'un même dommage (destruction d'un bien appartenant à autrui, par exemple) voie la responsabilité de son auteur prescrite par un an, si le dommage a été volontaire (contraven-tionnel), et par trente ans s'il a été involontaire.

(6) Cass. req., 13 févr. 1907, D., 1911.1.99 ; Rennes, 23 mars 1909, S., 1910.2. 65, note Wahl ; Cass. civ., 11 juin 1919, S., 1929.1.325 ; Cass. req., 29 mars 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.59.

l'interprétation jurisprudentielle antérieure. En effet, le législateur de 1867 n'avait pas envisagé la responsabilité découlant de fautes commises à l'occasion de la constitution de la société, en l'absence d'annulation. Il avait fallu à la jurisprudence se référer au droit commun de la responsabilité, pour accorder aux victimes une action en réparation.

Faisant application de la notion de faute à son tour, la loi de 1966 met fin à toute incertitude en la matière : c'est ce qu'elle fait également en cas d'annulation de la société.

SECTION II

LA NOTION DE FAUTE ET LA NULLITÉ DES SOCIÉTÉS

177. Une telle responsabilité risque de ne se réaliser que fort rarement. La loi du 24 juillet 1966 a maintenu le principe d'une responsabilité encourue à raison de la nullité, bien qu'elle n'ait plus guère l'occasion de s'appliquer dans le régime actuel (1).

Sous le bénéfice de cette observation, il faut alors noter que le législateur a accentué l'importance de la notion de faute lorsqu'une telle responsabilité existe. Le révèlent tant l'étendue de la réparation, que le principe de solidarité, qui feront l'objet d'un paragraphe premier. Un second paragraphe tentera de conclure sur le fondement de l'action.

1. — L'appréciation judiciaire de la responsabilité

La doctrine utilise la rédaction de l'article 242 de la loi du 24 juillet 1966, pour décider que ni la réparation, ni la solidarité ne jouent de plein droit.

Prenant le contrepied des solutions dégagées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, et supprimant toute incertitude, la loi prévoit expressément que seul sera réparé le dommage résultant de l'annulation. Les administrateurs (pas plus que les fondateurs) ne sont donc désormais plus tenus de l'intégralité du passif social (2), la théorie de

(1) *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes Joly, loc. cit.*, n° 47.

Voir égal. M. J. P. SORTAIS, *op. cit.* à propos de la substitution de sanctions pénales « dans certains cas où auparavant seule l'annulation de la société aurait été encourue » (n° 184), et l'incidence de l'ordonnance n° 69-1176 du 20 déc. 1969 sur les causes de nullité (n° 185).

(2) JOLY, *loc. cit.* ; RIPERT et ROBLLOT, 1968, 6^e éd., n° 1137 ; GUYON, *op. cit.*, n° 18.

la responsabilité « personnelle » laissant ici la place à la responsabilité « civile » (1).

La doctrine est unanime. Elle tire de surcroît argument de la rédaction même de l'article 242 de la loi : « les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue *peuvent...* », pour décider que la possibilité ouverte aux tribunaux de condamner exclut une responsabilité de plein droit. Elle utilise la même analyse pour apprécier l'étendue de la solidarité édictée.

Prenant appui sur le terme « peuvent », les auteurs l'appliquent également à la solidarité, en décidant que celle-ci ne joue pas de plein droit (2).

L'appréciation des tribunaux est mise en évidence par la doctrine, qui dénonce la contradiction entre l'article 242 de la loi nouvelle, et l'article 42 alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 (3).

Il semble que rien ne s'oppose sérieusement à ce que la faute éclaire la responsabilité encourue en cas de nullité. Faute prouvée, ou présumée ? Telle est encore la question à résoudre, en étudiant le fondement de l'action en responsabilité.

§ 2. — Le fondement de l'action en responsabilité

178. La jurisprudence antérieure, interprétant largement l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867, avait admis que ce texte établissait une responsabilité de plein droit, résultant du seul fait de l'acceptation par tous les administrateurs de leurs fonctions, sans avoir au préalable vérifié la régularité de la constitution de la personne morale (4).

Face à cette conception sévère, le législateur moderne instaure un système plus favorable, et surtout plus logique à l'égard des administrateurs.

Pour Ripert et Roblot, le texte nouveau semble signifier que le demandeur devra établir que la nullité est due à la faute de l'administrateur défendeur à l'action (5).

En revanche, pour MM. Bastian (6) et Rodière et Houin (7), il semblerait que cette thèse soit inexacte (8). Selon eux, si l'annulation est prononcée, il en découlera une présomption de faute à la charge des administrateurs.

(1) Il s'agit ici de la distinction posée par M. D. Veaux dans son ouvrage précité.

(2) Voir M. J. P. SORTAIS, *op. cit.*, n^{os} 240 et s.

(3) RIPERT et ROBLOT, *loc. cit.*

(4) NOIREL, note *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n^o 74, sous Cass., 7 janv. 1930 précité. Cf. égal. note Cordonnier, D., 1932.1.191, et Lescot, S., 1931.1.25.

(5) *Op. cit.*, n^o 1137, p. 587.

(6) « La réforme des sociétés commerciales », *J.C.P.*, 1967.I.2121, n^o 175.

(7) *Précis de droit commercial*, t. I, n^o 365.

(8) GUXON, *op. cit.*, n^o 18.

Certes, on est loin, dans cette seconde thèse de la responsabilité de plein droit de 1867 : il ne semble s'agir, en effet, que « d'une présomption simple » (1). Quoique plus sévère que la précédente, parce qu'elle inverse la charge de la preuve, cette conception est encore bien éloignée d'une responsabilité objective et de plein droit.

Cette opinion est confortée par l'examen de la seconde hypothèse envisagée par l'article 370 de la loi du 24 juillet 1966. Si l'alinéa premier en effet considère la nécessité implicite d'une « décision, passée en force de chose jugée », l'alinéa deuxième, plus réaliste, admet la possibilité de voir disparaître la cause de nullité.

En l'absence d'annulation, lorsque la nullité a été « couverte », il est admis que le vice de constitution soit générateur d'un dommage par sa seule existence. M. Guyon cite l'exemple (2) du refus par un co-contractant de passer un marché avec la société, dont la validité est jugée douteuse par lui.

Il faut en déduire que l'alinéa second de l'article 370 ferme définitivement la porte à la théorie de la responsabilité de plein droit, puisque la responsabilité peut être encourue sans constatation nécessaire et préalable de la nullité.

Il faut rejeter une conception automatique de la responsabilité, pour exiger de la part du demandeur qu'il prouve une faute (3). La présomption de faute, admissible au cas de décision judiciaire prononçant la nullité de la personne morale, apparaît ici difficilement applicable.

On rejoint l'explication générique donnée à la responsabilité encourue par les administrateurs pour des fautes encourues avant leur entrée en fonctions, alors qu'en principe la loi pose en condition le fait qu'ils aient été effectivement en fonctions. Pour les déclarer responsables, la jurisprudence considère les administrateurs comme complices d'une faute commise antérieurement à leur prise de fonctions (4). Encore faut-il prouver cette complicité, en prouvant la négligence commise par eux dans l'acceptation de leurs fonctions sans vérifier la régularité de la société.

Le législateur a désiré éviter la consécration d'une responsabilité personnelle, et nous en tirons la conclusion de l'harmonisation possible des diverses responsabilités encourues, autour d'une conception légale, ou tout au moins réglée par la loi (5).

Si de nombreux actes sont susceptibles de donner naissance à la responsabilité des dirigeants sociaux, nous pouvons comparer cette

(1) GUYON, *loc. cit.*

(2) GUYON, *Juriclassateur des sociétés*, Fasc. 132, n° 10 et les références citées.

(3) J. P. SORTAIS, *op. cit.*, n° 215.

(4) Pour les tribunaux, la recherche de la faute est capitale et « la connexité et un enchaînement tels qu'on ne puisse séparer les conséquences » avec celles commises par les fondateurs permet de les condamner ensemble. Cass. civ., 14 févr. 1898, *Journ. soc.*, 1898.300 ; Req., 7 janv. 1930 précité, *Journ. soc.*, 1930.413.

(5) Yves GUYON, *op. cit.*, n° 10.

dernière au droit commun de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, en l'absence d'énumérations des fautes possibles, dans les deux domaines.

Cette constatation rejoint le thème fondamental de notre étude, selon lequel il s'agit d'une responsabilité conforme aux principes généraux posés par les articles 1382 et 1383 du Code civil, mais adaptée aux impératifs de spécificité du droit des sociétés, et à la notion de profession ;

Une telle conclusion s'impose lorsque l'on quitte le domaine des fautes commises antérieurement à l'entrée en fonctions des dirigeants sociaux, pour examiner les responsabilités encourues dans l'exercice effectif de ces fonctions.

SOUS-TITRE II

LES RESPONSABILITÉS ENCOURUES A RAISON D'ACTES ACCOMPLIS DANS L'EXERCICE EFFECTIF DES FONCTIONS

179. C'est dans ce domaine que se révèle le plus grand besoin d'ordre : la diversité des fautes possibles est telle que la casuistique fut longtemps la seule méthode d'approche de la matière.

La seule indication donnée par la loi à ce sujet concerne les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables au type de société concerné (1), les violations des statuts, et les fautes commises dans la gestion.

La possibilité pour les administrateurs d'être responsables de leurs fautes de gestion devant les tiers vide de son contenu la théorie de la responsabilité contractuelle, puisque par hypothèse, les administrateurs ne sont tenus à l'égard des tiers d'aucune obligation contractuelle.

Partant, les tiers pouvant invoquer les fautes de gestion des dirigeants, il est apparu qu'il n'y avait point à se préoccuper de la différence de régime juridique possible entre deux fautes distinctes, — l'une pour faute de gestion, et l'autre pour violation de la loi, par exemple.

Dégagée de tout problème de régime juridique, la question de la classification est apparue naturellement tranchée par l'adoption d'une distinction bipartite entre les fautes légales et les fautes commerciales.

Il ne s'agit ici que d'une commodité de terminologie, puisque nous avons dit et répété que les fautes « commerciales » constituaient en réalité la violation d'une obligation de gestion de type professionnel posée par la loi.

Ainsi donc, la faute « légale », et la faute « commerciale » auront-elles un même fondement, si leur champ d'application est différent.

(1) Article 52 de la loi en ce qui concerne la S.A.R.L. et article 244 pour la Société anonyme (texte de la loi du 12 juillet 1967, modifiant le texte initial de 1966).

CHAPITRE I

LES FAUTES COMMERCIALES, OU LA SANCTION DE L'OPPORTUNITÉ

180. La notion de faute commerciale est plus large que celle de faute de gestion, en ce qu'elle peut englober des actes constituant des détournements de pouvoir, alors même qu'ils coïncideraient avec une gestion correcte des affaires sociales.

La notion légale de faute de gestion ne fait pas, semble-t-il, assez ressortir l'obligation de respecter au premier chef l'intérêt social, par le moyen d'une gestion techniquement exemplaire.

Dans l'ensemble, en effet, les classifications proposées sont axées de façon trop nette tantôt sur le mépris de l'intérêt social ou la recherche de l'intérêt personnel (par exemple M. Veaux), tantôt sur une division trop technique : imprudence, imprévoyance, abstention (par exemple M. Guyon).

Pour le premier, la responsabilité doit être le prix de l'intérêt.

Partant de cet axiome, M. Veaux distingue quatre situations possibles :

1^o acte « conforme à l'intérêt général seulement » : le dirigeant doit bénéficier de l'irresponsabilité.

2^o l'acte est conforme « à la fois à l'intérêt général, et à l'intérêt particulier » : réserve faite des présomptions qui seront nécessaires pour éviter les contestations, le « mandataire social » est encore irresponsable.

3^o l'acte sera contraire à la fois à l'intérêt social, et à l'intérêt particulier (action maladroite ou incompétence de l'administrateur) : l'intention manifestée par le dirigeant de servir l'intérêt social engagera la personne morale, et le dirigeant pourra certes être poursuivi, à raison de sa faute de gestion. Il ne sera toutefois pas tenu des dettes sociales.

4^o Actes conforme à l'intérêt particulier seulement : pour M. Veaux, ici, la société ne sera même pas engagée. Il se substitue à la responsabilité civile une « responsabilité personnelle ».

L'inconvénient d'un tel système est de ramener à un rang subsidiaire la compétence, la technicité, et la prudence exigibles d'un dirigeant de société, pour ne tenir compte que d'un critère intentionnel. Mais l'enfer est pavé de bonnes intentions...

181. En revanche, la classification « technique » proposée par la majorité de la doctrine, et tout récemment par M. Guyon (1) néglige trop la recherche consciente d'un intérêt personnel, ou extérieur à l'intérêt social.

Dans cette conception, il convient de distinguer l'imprudence ou l'imprévoyance dans la gestion du patrimoine social, de la faute technique, et de l'abstention ou du défaut de surveillance. Le critère de l'intérêt personnel, ou de la satisfaction d'intérêts externes à la société n'apparaissent pas assez.

C'est pourquoi nous avons pensé à une distinction bipartite, entre les actes axés sur la recherche d'un intérêt, et les actes ne répondant pas forcément à la recherche d'un intérêt extérieur à la société. Nous n'échapperons pas, certes, à une appréciation psychologique des mobiles de l'auteur. La solution consiste à limiter cette appréciation aux seuls critères, pour distinguer des fautes objectives, et faciles à cerner.

Nous allons donc examiner tout d'abord les fautes découlant de la recherche consciente d'un intérêt externe, ou du mépris de l'intérêt social. Puis se posera le problème des fautes ne répondant pas à la recherche d'un intérêt.

Au critère de l'intérêt, succèdera le critère de l'insuffisance.

SECTION I

LE CRITÈRE DE L'INTÉRÊT

182. Il régit les fautes consistant dans la recherche d'un intérêt autre que l'intérêt collectif, ou celles résultant de la méconnaissance de l'intérêt social.

La dualité d'expressions utilisée ici pour qualifier l'intérêt de la société suppose que soit d'abord résolu ce problème de terminologie, et que soit éclairée la question de la définition même de l'intérêt social (2).

C'est en fonction de cette définition liminaire que pourra être utilement apprécié le comportement des dirigeants.

(1) Y. GUYON, *Jurisqueleur des sociétés*, Fasc. 132.

(2) Voir à ce sujet J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la Société anonyme », *Rev. trim. dr. com.*, 1971, p. 957.

SOUS SECTION I

LA NOTION D'INTÉRÊT SOCIAL

C'est pour le moins un concept différemment entendu. Alors que certains en font une fin qui dépasse en ampleur la collectivité même des associés, d'autres nient simplement l'existence d'un intérêt social.

Cette notion sort toutefois à la vie juridique, et elle semble exempte de toute considération morale : le passage du contrat à l'institution n'a pas modifié la notion d'intérêt social.

§ 1. — Les tribunaux apprécient l'intérêt social

103. C'est paradoxalement la juridiction la plus « neutre », qui ne juge qu'au provisoire, qui a le plus nettement pris parti sur la notion d'intérêt social. Le magistrat des référés, notamment, dans une affaire désormais célèbre à plus d'un titre, a pu rechercher, « malgré l'avis de la majorité des actionnaires » (1) où se trouvait l'intérêt de la société anonyme Fruehauf-France, filiale d'un groupe international d'origine américaine.

Cette décision est assez connue, pour qu'un bref rappel suffise à déterminer l'importance de la décision prise. Les juges, — en première instance le magistrat des référés de Corbeil-Essones (2) et en appel la Cour de Paris (3) ont nommé un administrateur provisoire ayant pour mission (4) de respecter un contrat de livraison passé entre Fruehauf-France et Berliet, la première devant fournir à la seconde des véhicules à concurrence de plus d'un million cinq cent mille francs actuels. Ce faisant, au nom de l'intérêt social, les juges du provisoire passaient outre à la décision du groupe américain, — majoritaire dans la filiale française à soixante six pour cent. Ce groupe avait ordonné la rupture du marché en apprenant que Berliet projetait de livrer l'objet du contrat à la République populaire de Chine.

Cette décision fut certes fortement orientée en fonction du risque de ruine de la filiale française, accompagné d'une menace de chômage

(1) Dominique SCHMIDT, *op. cit.*, p. 146, n° 198.

(2) 16 févr. 1965. Voir également, sur la nomination d'un expert en vertu de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966, Rouen, 19 mars 1970, *Journ. soc.*, 1970, p. 321 (circonstances de fait).

(3) 22 mai 1965, et not. note R. Contin, D., 1968.J.147, *Rev. trim. dr. com.*, 1965, p. 619, obs. Rodière, et conclusions de M. l'Avocat général Nepveu ; *Gaz. Pal.*, 1965.2.86.

(4) Nettement explicitée dans l'ordonnance de référé, et plus discrètement dans l'arrêt de la Cour de Paris, celle-ci ayant pour des raisons essentiellement procédurales, pris davantage de précautions.

pour les six cents ouvriers qu'elle employait. Il est cependant symptomatique d'observer qu'au nom de l'intérêt collectif de la société, la règle de la majorité était vidée de sa substance (1).

M. Schmidt, attirant l'attention sur les dangers de la substitution du pouvoir judiciaire au pouvoir majoritaire, estime qu'une « appréciation correcte supposait la connaissance précise de l'ensemble des relations du groupe », et non d'une « conception atomistique de la société par actions » (2).

Nous nous associerons d'autant à ces réserves, que le juge pourra opérer, à la demande des victimes, et *a posteriori*, la conformité de l'acte accompli, et de l'intérêt social.

Dans l'affaire Fruehauf-France, il s'agissait de décision d'opportunité, et il convenait de prendre une décision positive de gestion : on conçoit le péril pour le pouvoir judiciaire. En outre, il n'y avait pas à proprement parler « défaillance des organes de la société » (3).

Qui peut le plus peut le moins : dans le cadre de la responsabilité des dirigeants sociaux pour des actes contraires à l'intérêt social, la tâche du juge sera plus aisée, au regard des résultats engendrés par la gestion infidèle.

C'est pourquoi, puisque les tribunaux se sont arrogés le pouvoir de déterminer les décisions sociales à l'occasion d'un choix, ils pourront facilement, à la leur de l'intérêt social, apprécier la gestion des dirigeants sociaux (4). Ils le pourront d'autant mieux qu'en fin de compte, l'intérêt social se révèle contenir de moins en moins une fin morale, — et que « tout contrôle qui cesse d'être vivifié par l'intérêt social sombre dans l'incohérence » (5).

§ 2. — L'intérêt social n'est pas un but moral

114. Nous avons suffisamment invoqué la théorie institutionnelle pour dénoncer les faiblesses qu'elle comporte. Si la structure institutionnelle est une technique indispensable au fonctionnement des sociétés par actions, il ne faut pas être esclave des rapprochements opérés avec les personnes morales ou les organismes du droit public, et ne plus pouvoir dissocier la structure du but.

(1) Voir encore Cass. com., 29 mai 1972, *J.C.P.*, 1973.II.17337, note Guyon.

(2) L. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 146, n° 198. Voir égal. BERMOND DE VAULX, *J.C.P.*, 1970.I.2366. « L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes ». Voir encore Paris, 28 févr. 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11175, note Bastian.

(3) BOCCARA, thèse Paris, 1948, *L'administration provisoire des sociétés*.

(4) Voir Cass. com., 16 déc. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16367, et note N. Bernard. La Cour de cassation confirme le pouvoir des juges du fond, de rechercher si une opération a été réalisée « dans l'intérêt général de la société ». Cep. note Dalsace, D., 1964.J.783. Voir encore *infra*, *L'acte personnel bénéficiaire*, et les notes.

(5) BERMOND DE VAULX, *op. cit.*, n° 24.

C'est le mérite d'une école récente (1), que d'avoir freiné la course à un certain lyrisme au sujet de l'institution. Aux termes de l'article 1853 du Code civil, le but social est la répartition des bénéfices entre chaque associé, apporteur de capitaux ou de biens en nature.

Pour M. Foyer (2), les associés consentent à des apports, constituent un fonds social, afin de devenir individuellement plus riches, d'augmenter leur patrimoine. Ceci revient à dénier à la personne morale tout intérêt autre que celui dépendant du capital réuni, et partant, tout but autre que celui d'aboutir à enrichir les participants à la société. Cette conclusion permet de déduire qu'il n'y a pas de différence « entre l'intérêt social et l'intérêt collectif » (3).

Cependant, ce courant doctrinal moderne préfère les mots « d'intérêt collectif » exprimant davantage la souveraineté des désirs des actionnaires, soustraits à toute autre force de volonté (4).

Aussi ne faut-il pas quitter un domaine exclusivement pécuniaire, limité par les intérêts des seuls apporteurs de capitaux ou de biens, pour s'aventurer dans un univers mouvant. Le juge sera certes plus à l'aise pour apprécier les intérêts concrets des associés, que pour soupeser la valeur morale d'une décision engageant la société, au regard d'un idéal plus ou moins tangible.

La Cour suprême affirme d'ailleurs nettement la vocation des sociétés à la réalisation des bénéfices en vue de leur partage (5). Cette vue matérialiste des choses est d'autant plus remarquable que les sociétés commerciales — outils bien adaptés au capitalisme — ont acquis une importance telle qu'elles éloignent l'analyste des hommes qui les composent.

A une analyse individuelle et unitaire, succède la tentation normale d'un examen macroscopique, — l'opacité accrue de la personne morale masquant les personnes.

Il faut d'ailleurs bien admettre que la théorie institutionnelle porte une grande responsabilité dans les tentatives de moraliser des entités dotées d'une simple fonction pécuniaire.

On ne peut faire mieux que de citer à ce propos M. Schmidt (6) : « la doctrine moderne réagit de plus en plus fermement : la personne morale n'est pas une institution qui existe pour soi, et qui puisse

(1) J. FOYER, « La personnalité morale et ses limites », *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t. XVIII, 1960, p. 119 et s.

Voir égal. l'analyse de M. D. SCHMIDT, dans son remarquable ouvrage : *Les droits de la minorité dans la Société anonyme*, précité.

(2) *Op. cit.*, p. 120.

(3) D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 71, p. 49.

(4) Les forces extérieures auxquelles il est fait ici allusion sont diverses et multiples. Citons à titre d'exemple l'article 70-1° de la loi allemande de 1937, qui confère à la direction un pouvoir d'administration sous sa responsabilité, « de façon à servir tant l'intérêt de l'entreprise et de sa suite, que le bien commun du peuple et de l'empire ».

(5) Cass., 28 et 29 mai 1959 (8 arrêts), D., 1960.J.145, note Brèthe de la Gressaye, et Paris, 21 juin 1966, D., 1967.J.321.

(6) *Op. cit.*, p. 53, n° 77.

avoir une vie totalement indépendante... la personnalité morale ne saurait être le support d'une fin du groupement distincte de celle des membres la composant. Elle est au service de ceux-ci, comme le masque l'est à l'acteur... ».

Ainsi s'opère une saine réaction contre une inversion d'optique : à opposer l'actionnaire isolé aux énormes entités qui se partagent le monde des affaires, on a fini par regarder le premier en fonction des secondes, et presque comme un accessoire inutile.

Certes, le réflexe de fuite de cet actionnaire, lorsque les affaires sociales sont douteuses, par voie de négociation de ses titres et actions, lui confère un caractère éphémère, opposé à la permanence de la personne morale.

D'une tendance économique, ou sociologique, ne tirons cependant pas une règle juridique ; la recherche de bénéfices demeure le but du groupement, et notamment le but des membres du groupement. Leur fuite s'analyse d'ailleurs à plus forte raison comme un indice de leur quête de profit. Celui-ci disparaissant, se produit un exode des membres du groupement désireux au premier chef de rechercher ailleurs d'autres sources de bénéfices.

C'est pourquoi, rejoignant la tendance récente de la doctrine, nous pensons qu'il serait excessif de ne voir dans la personne morale que sa phase de matérialisation : elle peut alors avoir indifféremment des composants variables, au gré des fluctuations boursières. Il n'en demeure pas moins qu'à la souscription des actions, c'est la virtualité de profit représentée par chaque action qui en assure la diffusion, et réunit les actionnaires autour de l'être moral (1).

En conclusion, donc, il échet de rappeler que « la société de capitaux est créée pour la satisfaction de besoins privés, — elle doit nécessairement rechercher la réalisation des bénéfices en vue de leur partage » (2).

§ 3. — La technique institutionnelle ne modifie pas la notion d'intérêt social

185. Il faut donc condamner la doctrine selon laquelle l'intervention étatique, et la légalisation croissante de la matière ont insufflé à la société anonyme une fonction nouvelle, assimilable à celle impartie aux corps constitués du droit public.

Que la technique législative confère à la société anonyme une extériorité totale à la psychologie contractuelle, dans son fonction-

(1) La Société anonyme, à l'inverse de la notion en gestation d'entreprise — ne tend nullement donc à satisfaire des besoins de bien être matériel ou moral des groupes humains qu'elle recouvre. Voir not. : RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 273 et s. ; PAILLUSSEAU, *La Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, précité ; Cl. CHAMPAUD, « Contribution pour une nouvelle définition du droit économique », *Chron. D.*, 1967, p. 215.

(2) D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 54, n° 78.

nement et son organisation, ne fait aucun doute. Que les notions contractuelles soient exclues du domaine des sociétés par actions — du moins dans leur fonctionnement, est également certain. Mais la technique ne saurait avoir une influence assez grande pour modifier le but de l'institution.

Que l'Etat, soucieux d'éviter l'implantation de monopoles, où les ententes nocives élimineraient le respect de la libre concurrence, fixe une ligne d'évolution au droit des sociétés, ne saurait modifier leur but, ni leurs intérêts.

Les motifs de l'intervention législative sont divers, et tous aussi louables (1), mais se retrouve ici un aspect paradoxal du droit des affaires : l'utilisation des techniques autoritaires et dirigistes ne se conçoit dans notre droit que pour préserver la liberté de la concurrence, et la liberté du commerce et de l'industrie.

Le but assigné aux textes dirigistes demeure apparemment le maintien de la libre concurrence, — malgré un retour en arrière dicté par un souci de protection des petits commerçants (2).

L'utilisation de techniques rigides par le législateur, éloignées de la souplesse trop grande à cette échelle des mécanismes contractuels, ne saurait impliquer automatiquement l'adoption d'un nouveau critère d'intérêt social.

C'est ainsi que malgré les impératifs d'économie dirigée qui se posent au législateur, et qu'il répercute dans son œuvre, la loi ne modifie pas le but premier du groupement. Elle y greffe, accessoirement, des intérêts de type collectif, voire nationaux, mais sans dénaturer pour autant la finalité originaire de la société.

(1) L'impulsion européenne est l'un des plus importants : le souci d'uniformisation a certainement joué un rôle capital dans la réforme des sociétés. Ajoutons-y les problèmes de production : incitation à une certaine concentration, — ou les questions sociales (« la participation des salariés aux fruits de l'entreprise », Ord. du 17 août 1967, *J.C.P.*, 1967.III.33346 à 33348), et ce sans omettre les problèmes d'ordre fiscal ou financier. Malgré cet interventionnisme croissant, la protection de l'épargne nécessite un respect absolu de l'intérêt de la collectivité des actionnaires.

(2) On peut distinguer dans la politique gouvernementale et législative deux phases : la première a connu son apogée en 1958-1960 : elle tendait au maintien formel de la concurrence. Elle a commencé avec la circulaire « Fontanet » du 30 novembre 1960 (D., 1960.L.124), qui complétait un Décret du 24 juin 1958, et réglementait le refus de vente, et la question des conventions d'exclusivité. Elle s'est poursuivie jusqu'en 1967, avec, par exemple, l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967, sur le respect de la loyauté en matière de concurrence, ainsi que les réglementations relatives au problème des prix.

La seconde phase amorcée timidement en 1963, tend à s'opposer à la liberté absolue de la concurrence : en vue de la protection des « petits commerçants », inquiets des moyens financiers des entreprises « à grosse surface de vente », le législateur a d'abord pris une loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 portant interdiction de la revente à perte. Cette interdiction a été complétée et interprétée par un « communiqué » de la Direction générale du commerce intérieur et des prix du 3 juin 1970 (D., 1970.L. p. 136 et 137) réglementant la vente à perte, et la pratique du « prix d'appel ».

Tous ces textes se rattachent cependant à la philosophie de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945...

Qu'un cumul d'intérêts se produise, rendant la question de la définition de l'intérêt collectif « irritante » (1), n'est pas discutable. Mais la prise en considération des objectifs du législateur n'a nullement modifié la psychologie du groupe.

186. Sans avoir ainsi la prétention de définir la notion d'intérêt social, il faut en conclure que la société, outil accessoire de la politique dirigiste suivie en France conserve une finalité essentielle : l'enrichissement au profit de ses membres considérés de façon collective.

L'investissement découlant de l'épargne, et cette dernière des revenus retirés par les épargnants, il était logique que cette finalité demeure. La forme utilisée pour y parvenir n'efface pas cette fin.

L'ordre public économique n'a pas encore fait basculer les personnes morales du droit commercial dans cette catégorie de personnes semi-publiques chargées de promouvoir un intérêt général d'ordre supérieur.

Aussi sera-t-il facile d'apprécier les violations intentionnelles ou non du respect dû à l'intérêt social, en ramenant toujours la responsabilité des dirigeants de la société vers ce critère de l'intérêt social. Il semble que la faute d'intention soit plus facile à déceler que la faute purement technique. Une partie de la doctrine est méfiante à l'égard de ce dirigisme judiciaire (2), mais les juges étant appelés à connaître des seules actions en réparation, le contrôle *a posteriori* ne présente pas d'inconvénient majeur.

Il sera d'autant plus facile aux juges de discerner les intentions des dirigeants sociaux, que ces derniers auront favorisé une autre personne que la personne morale dont ils ont la responsabilité. Ceci conduit à examiner, toujours dans le cadre du critère de l'intérêt, les diverses fautes commises en fonction de ce dernier.

L'administrateur peut agir tantôt au profit d'étrangers à la société, tantôt simplement en méconnaissance de l'intérêt social.

SOUS-SECTION II

LES ACTES PROFITANT A UN ÉTRANGER A LA SOCIÉTÉ

187. Il s'agit en l'espèce de ce que l'on pourrait qualifier de détournement conscient et délibéré de pouvoirs. La tâche des tribunaux sera facilitée par la démonstration du profit retiré par un tiers de

(1) CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, p. 269, n° 79.

(2) A. PIROVANO, *Cours de droit commercial*, Licence 3^e année, 1968-69, p. 7. Cep. l'expression utilisée par M. le Garde des Sceaux : « le gouvernement des juges » (Déb. Ass. nat., 11 juin 1965, *J.O.*, p. 2031). Voir encore les nombreuses références citées par M. D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 146 et 147.

l'action du dirigeant social : il existera alors une sorte de présomption de l'homme de faute de la part de ce dirigeant.

L'avantage de la distinction proposée consiste dans le fait de « causer » la gestion des dirigeants sociaux en fonction de l'intérêt social.

En droit administratif, tous les pouvoirs conférés à un agent peuvent être, sans exception, détournés, car ces pouvoirs ne sont conférés qu'en fonction de la mission impartie : dès lors, s'écarter de ce but aboutit à détourner les pouvoirs conférés.

Tous les pouvoirs des agents de l'autorité publique sont donc causés (1). A l'inverse, le droit civil et le droit commercial connaissent essentiellement des droits ou attributions d'ordre personnel et privé.

Causer un droit, c'est en quelque sorte impartir à son titulaire une ligne de conduite. La simple constatation que le but visé n'a pas été atteint suffit à prouver aisément le détournement ou l'abus. En revanche, faute de but préalablement prévu, le détournement de pouvoirs ou l'abus de droit devra être prouvé, avec les difficultés que suppose l'analyse psychologique d'un comportement. Tout pouvoir, toute prérogative, sont pour l'agent public orientés par la loi elle-même vers un certain but.

A l'inverse, peu de droits particuliers sont causés : le droit des personnes tend au premier chef à satisfaire ou protéger des intérêts personnels et égoïstes ; il est rarement altruiste. Il ne le devient que lorsqu'apparaissent les « droits-fonction », conçus en faveur d'autres que leur titulaire : puissance paternelle, par exemple.

Certes, il existe toujours un correctif de poids : la théorie de la cause. Illicite, la cause permettra de rectifier l'action du sujet de droit.

Mais l'illicéité n'est « pas constituée par le but imprévu : elle n'est constituée que par le but contraire à la loi » (2). La notion de cause illicite, au sens du droit civil, semble donc insuffisante pour corriger l'action des sujets de droit privé. Elle ne peut d'ailleurs aboutir qu'à une nullité.

Au sein donc des concepts classiques, fondés sur la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, les « mandataires sociaux », tenus de la diligence du bon père de famille, voyaient leur sort pareillement réglé, qu'ils aient été négligents ou qu'ils aient délibérément détourné leurs pouvoirs à des fins étrangères.

En prenant en considération le critère de l'intérêt, ne pourrait-on alors envisager l'établissement d'une présomption de faute chaque fois qu'un intérêt externe à la société aurait été favorisé, au détriment de celle-ci ?

Le pouvoir de gestion des dirigeants sociaux serait alors « causé » en fonction de l'intérêt social. Ainsi ce pouvoir sortirait-il de la caté-

(1) WALINE, *Manuel de droit administratif*, p. 125 et s., et 652.

(2) WALINE, *Manuel de droit administratif*, p. 125 et s.

gorie des droits « pouvant être exercés dans n'importe quelle intention, sans donner prise à l'abus de droit » (1).

L'intérêt social, l'intérêt collectif, permettraient de doter d'une finalité précise les attributions des dirigeants de société, — d'une manière négative au moins : s'écarter délibérément ou non de cet intérêt en faveur d'autres personnes ou d'autres intérêts aboutirait à constituer le responsable en faute. Il faut donc examiner les hypothèses de détournement de pouvoir en faveur de personnes étrangères à la société.

Peu importe le destinataire du détournement de pouvoir : il est aussi peu normal de desservir la société à des fins personnelles qu'au profit des tiers.

La jurisprudence observe cependant que les actes profitables à des tiers sont parfois plus faciles à déceler que les actes à but personnel, plus facilement dissimulables dans l'action d'ensemble au service de la société. Nous commencerons donc par les premiers.

§ 1. — Les actes profitables aux tiers

L'étude de la jurisprudence, — à l'exclusion des faits constitutifs d'infractions pénales, et dont la présente étude ne se préoccupe pas — révèle qu'une unité de régime juridique apparaît. En effet, pour de tels actes, bénéficiant à des tiers, peuvent demander réparation aussi bien la société et les associés, que les créanciers sociaux. Ceci exclut bien entendu l'utilisation de l'action *mandati*, chère aux tenants de la thèse contractuelle. La doctrine classique inclut en principe ces faits dans les « fautes de gestion », alors qu'elle admet que l'obligation de bonne gestion n'existe qu'à l'égard de la société, et non des tiers tels les créanciers sociaux.

a) Responsabilité à l'égard de la société et des associés.

188. L'un des cas les plus connus de cette responsabilité consiste dans la participation à la circulation d'effets de complaisance : la jurisprudence voit dans ce surcroît de crédit profitant à des tiers étrangers à la société, et au détriment de celle-ci, l'ouverture d'une action en réparation du préjudice subi par la personne morale (3).

Les tribunaux ont notamment sanctionné le comportement d'un

(1) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, nos 99 et 100.

La notion de fonction des droits connaît d'ailleurs de sérieuses réserves : Voir PIROVANO, Chron. D., 1972, p. 69. « La fonction sociale des droits. Réflexions sur le destin des théories de Jossierand ».

(2) M. VEAUX (*op. cit.*, p. 506).

(3) Cass. req., 21 déc. 1936, *Gaz. Pal.*, 1937.68, D.H., 1937.1.240 ; Paris, 14 janv. 1938, *Rev. trim. dr. soc.*, 1938.346.

administrateur qui consentait à ce que son père tire des effets de complaisance sur la société que lui-même dirigeait (1).

Il semble assez aisé, en pareille hypothèse, de démontrer quel intérêt a guidé la conduite de l'administrateur : il n'existe aucun concours d'intérêt entre la société et le tiers bénéficiaire du détournement de pouvoirs.

De même, le fait de verser des commissions occultes à des tiers : ce faisant, les administrateurs exposent la société à une action en réintégration par l'administration fiscale, — sans aucun profit en contrepartie pour la société (2).

C'est le domaine des profits indirects pour les étrangers à la société. La liste en est longue. Ainsi l'acquisition d'un brevet (3), ou d'un bien sans utilité économique, mais dont le prix d'achat était élevé, constitue bien une faute commerciale, alors et surtout qu'elle a été accomplie en vue de favoriser le vendeur.

Parfois, cependant, l'intérêt est plus direct, moins équivoque. Ainsi le fait pour un directeur général, assumant la direction effective de la société, d'utiliser ses fonctions en vue de la satisfaction de ses intérêts sentimentaux, a été logiquement condamné par la Cour de Rouen. Celle-ci, dans un arrêt du 25 septembre 1969 (4), observe d'abord que ce directeur, pour s'attacher la présence dans l'entreprise du mari de sa maîtresse, lui consentit un contrat de travail avantageux : salaire mensuel de 4 000 francs, indexé, — et prévision, en cas de rupture du contrat du fait de la société, d'une indemnité de préavis égale à neuf mois de salaire, et d'une indemnité de licenciement égale à quatre fois le dernier salaire annuel... puis désirant, après interruption de sa liaison, reprendre avec l'épouse ses relations, « et devant sa résistance », il la congédia en novembre 1968, pour la réintégrer en janvier 1969, avec un salaire accru de plus de moitié. Enfin, il congédia le mari, ce qui valut à la société un procès pour rupture abusive, et une demande en 485 000 francs de dommages-intérêts, selon la convention liant les parties.

Cette espèce est à rapprocher d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 2 décembre 1969 (5), aux termes duquel le président-directeur général avait disposé de l'actif social au profit de « son amie ». Il est toutefois bon de préciser qu'en l'espèce, la Cour suprême avait rejeté le pourvoi formé par l'un des administrateurs, condamné à supporter partie du passif social en vertu de l'article 4 de la loi du

(1) Cass. civ., 17 juill. 1956, *Bull. cass. civ.*, 1956.III, p. 185, 217.

(2) Cass. com., 14 déc. 1960, *Bull. civ. III*, n° 415, p. 377. Voir égal. note Dalsace, D., 1961, p. 402.

(3) Cass. com., 26 mai 1952, *J.C.P.*, 1952.IV, p. 110.

(4) Rouen, 2^e Ch., 25 sept. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16219, note Guyon. La Cour de Rouen, tout en confirmant la nomination d'un administrateur provisoire, observe que l'action du directeur en question, risquant d'avoir des « conséquences économiques, financières, et sociales catastrophiques pour la société, il appartiendrait à l'assemblée générale des actionnaires d'y mettre fin, par toutes mesures appropriées ».

(5) Cass. civ. Ch. com., 2 déc. 1969, *Bull. inf. soc.*, juin 1970, p. 336.

16 novembre 1940, et motivé notamment par cette circonstance du détournement. La Cour suprême a considéré qu'une telle situation ne pouvait exonérer l'administrateur de la présomption de responsabilité édictée par la loi de 1940.

189. Il faut enfin citer l'affaire désormais célèbre de la fusion entre Saupiquet et Cassegrain (1), dans laquelle le conseil d'administration avait obtenu de l'assemblée le vote d'une décision « plaçant l'entreprise et la société elle-même sous le contrôle et la direction effective de sa principale concurrente sur le marché régional ». L'opération envisagée, fortement recommandée par le conseil d'administration, n'avait été accompagnée d'aucune indication de valeur de la société à laquelle elle était soumise, ni d'indications sur l'avenir de la société. Il s'agissait en réalité d'une fusion par absorption, au bénéfice de la seule entreprise concurrente.

La Cour de Rennes, par la décision rapportée, annulait la décision litigieuse, et donnait acte au minoritaire demandeur à l'action « de ce qu'il se réservait d'exercer ses droits découlant des statuts ».

Certes, on objectera que cet arrêt a été cassé, par arrêt rendu le 21 janvier 1970 (2). Nous ne pouvons partager les motifs « peu convaincants » qui ont déterminé la Cour suprême (3). Nous préférons retenir, comme fait positif reprochable, le comportement du conseil d'administration de la Société Cassegrain (4). Il faut d'ailleurs comparer cette attitude avec celle adoptée par le conseil d'administration de la Compagnie des compteurs, à l'occasion de l'offre publique d'échange formulée par la Société Schlumberger Limited : le conseil d'administration de la Compagnie des compteurs avait encouragé les actionnaires à accepter cette offre, mais en publiant à cet effet une notice sur les perspectives de cette opération, dans le cadre de la pratique (désormais règlementée) des offres publiques d'achat (5). Dans un domaine moins complexe, des arrêts anciens ont retenu la responsabilité du gérant d'une société en commandite par actions à l'égard des actionnaires, pour avoir ouvert sans garanties à certains clients, des crédits disproportionnés à leurs ressources (6). Ils ont encore recherché la responsabilité d'un président du conseil

(1) Rennes, 2^e Ch., 23 févr. 1968, *J.C.P.*, 1969.II.16122, note Paillusseau et Contin.

(2) *J.C.P.*, 1970.II.16451, note B. Oppetit.

(3) Voir BERMONT DE VAULX, *J.C.P.*, 1971.I.2366. « L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes », n° 17. *Contra* : M. OPPETIT, *op. cit.*

(4) Voir aussi, dans le même ordre : Rouen, 2^e Ch., 17 mars 1970 précité ; *Journ. soc.*, 1970, p. 321 et 322.

(5) Offre publique d'échange, dont les modalités ont été publiées dans l'avis, n° 70-115, au *Bulletin de la Cote officiel de la Bourse de Paris*. Une réglementation similaire à celle existant pour les O.P.A. ne se retrouve pas dans les « cessions de contrôle » : moins de garanties jouent en faveur des actionnaires.

(6) Cass., 28 mai 1889, S., 1890.I.9. Voir GOUGET, thèse précitée, p. 112.

d'administration, à raison d'avances consenties à une société de banque dont la situation était précaire (1).

Peut-on retenir la responsabilité des administrateurs à raison de leur indiscretion, permettant à des tiers d'obtenir des renseignements profitables sur la situation sociale ? La question présente un intérêt en vue de l'amélioration d'un statut complet des administrateurs amorcé sur ce point par la loi du 24 juillet 1966.

Antérieurement à cette loi, une Cour d'appel avait prononcé une sanction pénale à l'encontre d'un président-directeur général qui avait communiqué à un prétendu actionnaire la liste des coupons payés par la société entre 1953 et 1961.

La Cour suprême, observant que la profession d'administrateur de société ne rentrait pas dans les prévisions de l'article 378 du Code pénal, a cassé cet arrêt (2). L'annotateur de l'arrêt remarque que seule pouvait être retenue en l'espèce une responsabilité civile, fondée désormais sur les dispositions de l'article 100 alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966, et aux termes duquel : « les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel, et données comme telles par le président du conseil d'administration ».

La rupture du « secret des affaires » au profit d'un tiers étranger à la société engendrerait désormais une responsabilité certaine : il appartiendra donc aux dirigeants d'éviter cette faute, dans la mesure où elle est matérialisée par une obligation légale.

Déjà, au plan civil, la notion de faute, associée à celle d'intérêt, permettrait d'articuler une responsabilité fondée sur une faute à prouver (ou présumée) selon la netteté de l'avantage procuré au tiers.

Les dirigeants sociaux sont encore responsables à l'égard des créanciers sociaux, sur le même fondement, en cas de faute génératrice de profits en faveur d'un tiers.

b) Responsabilité à l'égard des créanciers sociaux.

190. Si les exemples jurisprudentiels sont plus rares que dans le cas précédent, il n'en faut point déduire que cette responsabilité soit exceptionnelle. Simplement, les créanciers sociaux, souvent moins bien informés du résultat concret de la gestion, chercheront ailleurs un fondement à leur action.

La circulation de traites de complaisance au profit des tiers permet aux créanciers sociaux de s'en prévaloir pour fonder leur action en responsabilité (3). De même, la jurisprudence a relevé que le

(1) Trib. com. Seine, 14 avr. 1886, *Rev. soc.*, 1896.325

(2) Cass. crim., 5 févr. 1970, D., 1970.249 ; J.C.P., 1970.II.16311. Voir égal. *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 429. On trouve dans les textes une incitation nette à la discrétion : article 233 et 161, alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966.

(3) Voir plus spécialement en cas de liquidation de biens : Cass. com., 9 juin 1969, D.S., 1970.106 ; Cass. req., 21 déc. 1936, précité, D.H., 1937.68.

fait pour l'administrateur d'une société anonyme de laisser effectuer des travaux dont il sait la société hors d'état de payer le prix, engage sa responsabilité à l'égard des créanciers sociaux (1).

Plus marginale apparaît la solution jurisprudentielle admettant que si les administrateurs pouvaient placer les capitaux de la société, ils ne pouvaient en revanche utiliser ces capitaux en vue de racheter les propres actions de la société, car ce serait une manière de rendre aux actionnaires ce qu'ils ont versé, en privant ainsi les créanciers de leur gage (2).

§ 2. — Les actes profitant aux administrateurs à titre personnel

191. C'est ici le domaine d'élection du droit pénal. Tant l'ancienne conception de la nature juridique des fonctions des administrateurs, que la loi nouvelle empreinte d'un caractère institutionnel accru, y ont vu la source principale d'infractions.

Dans la conception fondée sur l'idée de mandat, la jurisprudence a cherché à faire jouer l'article 408 du Code pénal, à raison de l'abus de confiance découlant de l'emploi anormal des biens sociaux. Titulaires d'un mandat, il était logique que l'emploi anormal des biens confiés en vue de l'exécution de ce contrat par les administrateurs fût sanctionné (3).

Dès 1856, cependant, le législateur comprit que le caractère général du Code pénal ne saurait suffire dans un domaine aussi particulier, et la répression en matière de sociétés fut organisée de façon autonome.

Les causes les plus fréquentes de responsabilité pénale sont notamment l'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social (4) ou l'usage des pouvoirs ou des voix dans une assemblée contrairement à l'intérêt social, ou dans un intérêt

(1) Cass. civ., 6 juill. 1905, *Journ. soc.*, 1906.306 ; Montpellier, 4 nov. 1940, *J.C.P.*, 1942.II.1871, note Bastian.

(2) Cass., 18 févr. 1868, S., 1868.1.241 ; 14 déc. 1869, S., 1870.1.165, et D.P., 1870.1.179 ; 2 juill. 1878, S., 1881.1.411 ; Paris, 4 févr. 1881, S., 1882.2.123, note Lyon-Caen ; Bourges, 26 déc. 1870, S., 1870.2.318.

(3) Voir not. Seine, Corr., 13 juill. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.325 ; et sur appel : Paris, 15 janv. 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.1.293 ; LEBLOND, « Des abus de confiance commis par les administrateurs, gérants, et directeurs », *Journ. soc.*, 1934.337 ; LEBOULANGER, *L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal*, thèse Lyon, 1938 ; J. M. VERDIER, *Le droit pénal des sociétés anonymes*, 1955, p. 184.

(4) Article 437, alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966 (délit créé en 1935, fort justement parce que la législation sur l'abus de confiance s'était révélée insuffisante, quant aux actes incriminés et aux sanctions). Voir à ce propos, et plus particulièrement sur la notion d'usage abusif du crédit : Cass. crim., 26 janv. 1961, D., 1964.J.52, et sur renvoi, par la Cour d'Amiens, le 11 juillet 1962, *Gaz. Pal.*, 1963.1.438 ; 15 janv. 1964 (affaire du C.N.L.), *Gaz. Pal.*, 1964.1.293. Cep. HERZOG, *J.C.P.*, 1966.I.2302.

personnel, ou dans l'intérêt d'une autre société dans laquelle les administrateurs sont intéressés (1).

Cette conception axée sur le critère de l'intérêt social se substitue à celle issue du contrat de mandat. Aussi trouve-t-elle naturellement sa place dans la distinction formulée.

Il convient donc d'examiner dans le cadre de la présente étude les seuls cas qui, excluant la responsabilité pénale, et insuffisants à justifier de la constitution d'une infraction, permettent néanmoins la mise en mouvement d'une action en responsabilité civile.

La frontière apparaît mouvante, et difficile à déterminer entre les deux situations. De plus l'habileté de certains dirigeants, et les risques qu'engendre pour le plaignant une action devant les juridictions répressives, limitent singulièrement le champ d'application de délits que l'on pourrait qualifier « d'imparfaits ».

Mais la détermination d'un délit, si elle est difficile, n'en fait guère paraître plus aisée la démonstration de la faute civile : tant de facteurs interviennent dans la gestion et la direction d'une société qu'il est difficile d'isoler l'acte personnel au dirigeant, et l'acte nocif découlant d'un abus de majorité.

Lorsque le dirigeant contrôle la société, par la conjonction de ses fonctions, et de la possession d'une partie suffisamment importante du capital social, il tentera le plus souvent de dissimuler les actes qui lui profitent derrière l'écran que constitue la majorité.

A l'inverse, tout abus de majorité ne bénéficiera pas forcément aux seuls dirigeants sociaux : il pourra traduire une volonté des majoritaires de s'avantager au détriment des minoritaires. C'est pourquoi il faudra d'abord tenter de dissocier l'avantage personnel de l'abus de majorité.

Puis, il faudra rappeler le régime de contrôle des intérêts personnels prévu par la loi.

Enfin, isolé de son contexte, et délimité de façon précise, l'acte personnel bénéficiaire retiendra l'attention.

a) Abus de majorité et avantage personnel.

192. Désormais, « l'abus de majorité n'est constitué que lorsque la rupture d'égalité entre les actionnaires a été provoquée intentionnellement » (2).

Certes, lorsque cet abus est commis par des actionnaires majoritaires, sans participation active des dirigeants sociaux à cette rupture d'égalité — ce qui paraît difficile —, la faute ici imputable à ces derniers sera d'omission plutôt que de commission. Or le concept d'omission ou de négligence, et celui d'intérêt personnel ne semblent pas forcément coïncider.

La recherche d'un intérêt personnel révèle tôt ou tard un com-

(1) Article 437-4° de la loi du 24 juillet 1966.

(2) D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la S.A.*, p. 172.

portement actif. Sans comportement actif, l'intention coupable consiste dans le défaut de recherche de l'intérêt collectif. Cette rubrique ressortit à une étude qui suivra, dans le cadre du critère de l'insuffisance.

Pour l'instant, importe la double qualité d'actionnaire majoritaire et celle de dirigeant social. C'est à cette seule condition que l'abus de majorité pourra engendrer une responsabilité civile à l'encontre du dirigeant social. Sans ce cumul, on se retrouve dans l'hypothèse de l'abus de majorité pur et simple, sanctionné uniquement par la nullité de la décision abusive (1).

Les administrateurs ne pourront être inquiétés du chef d'une décision abusive prise par la majorité, que dans la mesure où leurs fonctions leur auront permis d'utiliser encore plus efficacement leur qualité de majoritaire.

Quant aux dirigeants minoritaires, il ne semble pas exister à leur encontre d'exemple de responsabilité du chef du vote par la majorité d'une décision néfaste à l'intérêt social. On retrouve, pour apprécier leur comportement les critères habituels d'abstention, de négligence, — mais il n'existe pas, à notre connaissance de faute civile particulière à cette situation.

Ecartant dès lors cette source déterminée de responsabilité, on observe que l'intérêt personnel a toujours suscité les craintes d'un législateur qui dotait les administrateurs de pouvoirs croissants.

b) Le régime de contrôle des intérêts personnels.

193. L'utilité d'une telle analyse consiste dans l'énumération d'un certain nombre de fautes prévues par la loi, du fait même de l'existence d'un contrôle préventif. Plus ou moins efficace, ce réseau de mesures de surveillance s'est perfectionné au fur et à mesure des efforts accomplis par les dirigeants abusifs pour s'y soustraire.

Ce contrôle s'est exercé de façon structurée dans deux domaines relevant du contrat, parallèles à l'exercice des fonctions ; ces relations contractuelles, apparemment accessoires à l'exercice des fonctions, arrivent en réalité à en déformer l'esprit. Il s'agit essentiellement du contrat de travail conclu entre la société et ses administrateurs.

Nous avons déjà étudié le problème de la compatibilité des relations salariales avec le « mandat d'administrateur » (2). Si nous l'évoquons ici à nouveau, c'est uniquement en vue de souligner que ce sont encore les techniques contractuelles qui permettent de dénaturer le fonctionnement interne des sociétés commerciales.

(1) D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, précité, voir p. 170 et s.

(2) Voir *supra*, p. 79 et s.

Par le biais de la stabilité des relations du travail, l'administrateur réduit à néant l'effectivité de la révocation *ad nutum*.

1° La protection de la révocation *ad nutum*.

194. Antérieurement à la loi du 24 juillet 1966, doctrine et jurisprudence avaient fini par admettre le cumul entre un contrat de louage d'ouvrage, et un « mandat social », sous certaines conditions. L'incompatibilité entre la stabilité engendrée par les relations d'ordre public du droit du travail, et l'impératif de révocabilité immédiate avaient conduit les tribunaux à exiger que le contrat de travail liant la société à son administrateur soit réel et sérieux et ne constitue pas une fraude à la révocabilité (1).

Conférer à un administrateur la stabilité le mettait en position de force, l'arme la plus efficace à son encontre étant neutralisée. En outre, cela pouvait lui permettre de bénéficier « d'un emploi fictif, destiné à procurer... une rémunération supplémentaire » (2).

La loi du 4 mars 1943, modifiant l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940, à raison de l'ambiguïté de la solution qu'elle proposait, avait ouvert la voie à de vives controverses. La jurisprudence avait finalement mis fin à la discussion en admettant le cumul (3), mais en l'assortissant de conditions permettant un contrôle efficace.

La loi de 1966 se montre plus intransigeante, en ce qui concerne du moins les sociétés anonymes de type classique. Cette intransigeance, savamment dosée, disparaît d'ailleurs devant l'impératif de l'implantation des sociétés nouvelles administrées par un directoire. De manière très nette, le législateur permet ici ce qu'il interdisait là.

L'article 93 de la nouvelle loi « porte un coup sévère aux tentatives des praticiens, des auteurs, et de la jurisprudence pour assurer un minimum de garanties professionnelles aux dirigeants mandataires de ces sociétés contre les conséquences de la révocation *ad nutum* (4) »

Dans les sociétés anonymes de type classique, une obligation légale de plus est donc édictée : la règle du « non-cumul ». Sa violation

(1) BASTIAN, *Juris-Classeur des sociétés*, n° 133-B, p. 17 ; J. BARDOUL, *Chron. D.*, 1964, p. 273 et 285 ; BASTIAN, *J.C.P.*, 1941.I.188 ; SEVESTRE, *Gaz. Pal.*, 1957.2, *Doctr.* 23 ; J. GROSLIÈRE, *D.*, 1963, *Chron.* p. 185 ; AUTESSERRE, *S.*, 1962, *Chron.* 38 ; ALFANDARI, *Droit social*, 1964.151 ; DELMAS, *Rev. trim. dr. com.*, 1963.768.

(2) RIPERT et ROBLLOT, 6^e éd., 1968, p. 651, n° 1278.

(3) Paris, 25 juin 1947, *J.C.P.*, 1948.II.4110, note Bastian ; Paris, 14 janv. 1954, *Gaz. Pal.*, 1954.I.278 ; Paris, 17 mai 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9658, note Bastian ; *Cass. com.*, 25 févr. 1957.II.10019, note D. Bastian ; *Cass. com.*, 5 juin 1959, *Bull. civ.*, 1959.IV, n° 690, p. 552.

(4) B. PIEDELIÈVRE, *Chron. J.C.P.*, 1968.I.2205 ; également « Le directoire et le conseil de surveillance des sociétés anonymes de type nouveau », *Gaz. Pal.*, 1968.1, *Doctr.* 94 ; et encore, du même auteur : *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes*, Dunod, 1967, n°s 131 et s.

pourra entraîner une responsabilité de l'administrateur qui l'a transgressée. Les conséquences de telles infractions risquent toutefois d'être moins graves pour la société, que celles relatives aux conventions conclues entre les administrateurs et la société.

2° Les conventions conclues entre les administrateurs et la société.

La loi du 24 juillet 1966 n'a apporté que fort peu de changement à une matière dont les principes avaient été dégagés par l'article 40 de la loi de 1867, modifié par la loi du 4 mars 1943.

Au termes de ces textes, toute convention passée entre la société et l'un de ses administrateurs est soumise obligatoirement à autorisation préalable du conseil d'administration, puis, après examen par les commissaires aux comptes, à l'assemblée générale. Il ne s'agit pas d'apprécier la nature de ce contrôle (1), mais de mesurer combien il limite les actes passés dans le seul intérêt de l'administrateur, par son rôle préventif.

Par l'effet de ce contrôle, le nombre des infractions prévues par la loi s'accroît, alors que les actes bénéficiant aux administrateurs de façon formelle voient leur domaine se restreindre : l'objet et les modalités du contrôle le démontrent.

a) *L'objet du contrôle.*

195. La distinction est désormais classique entre les conventions normales, les conventions soumises à autorisation, et les conventions interdites.

Dans le cadre de la présente étude, volontairement réduite, le rappel des particularités des « conventions normales » (2) ne pose pas de problèmes particuliers.

Plus intéressant en revanche se révèle l'examen des contrats soumis à autorisation. Par convention assujettie à autorisation, il faut entendre « tout accord, tout engagement, tout contrat, créatif, modificatif, extinctif de droits ou d'obligations, synallagmatique ou unilatéral, écrit ou verbal à titre onéreux ou gratuit, ferme ou conditionnel » (3), qui intervient entre la société et :

— d'une part, un de ses administrateurs agissant directement en son nom et pour son compte personnel, ou indirectement, sans être personnellement en nom à la convention dont il doit lui-même tirer profit sous forme quelconque (ristourne, commission, etc...) ou encore par l'intermédiaire d'un prête nom.

— d'autre part ; une entreprise qui appartient personnellement à l'un des administrateurs, bien qu'il ne l'exploite pas lui-même, —

(1) M. BIZOT-ESPIARD, *Etude de l'article 40 de la loi de 1867*, thèse Paris, 1945 ; SIMON, *L'aspect institutionnel de l'article 40 de la loi de 1867*, 1944.

(2) Opérations courantes, à des conditions normales, RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 652, n° 1280 (art. 102, L. 24 juill. 1966).

(3) MOREAU, *op. cit.*, t. I, p. 82, n° 91.

ou encore, si c'est une entreprise sociale, si cet administrateur y a la qualité d'associé indéfiniment responsable, de directeur général ou technique ou commercial, de gérant (1) d'administrateur, de membre du directoire ou du conseil de surveillance.

Pleins d'enseignements sont enfin les contrats prohibés : l'article 40, paragraphe 5 de la loi du 24 juillet 1867 et aujourd'hui l'article 106 de la nouvelle loi prévoient une interdiction absolue de conclure certains contrats « particulièrement dangereux pour les sociétés » (2), la loi « ayant voulu mettre fin aux crédits âprement sollicités, et abusivement consentis par une société à ses administrateurs ou à leurs proches parents » (3).

Les opérations ainsi prohibées consistent notamment en des emprunts consentis par la société, le législateur ayant ici prévu expressément les découverts en compte-courants, — et les cautionnements ou avals fournis par la société à l'égard des obligations des administrateurs envers les tiers.

La loi nouvelle ayant maintenu les exceptions au principe de prohibition posé par l'ancien texte (4) il s'ensuit que l'interdiction s'applique aux seuls administrateurs personnes physiques : la personne morale administrateur d'une autre personne morale n'encourt pas la sanction de la nullité édictée à l'encontre des actes passés en contravention des règles de l'article 106 du 24 juillet 1966. La seconde exception tient à la nature de l'activité de la société administrée : l'exploitation d'un établissement bancaire ou financier permet aux administrateurs de passer, aux conditions normales, les opérations courantes qui s'y pratiquent.

b) Modalités et sanctions du contrôle.

196. La nullité sanctionne les conventions formellement interdites : la loi nouvelle et les solutions jurisprudentielles anciennes concordent là-dessus (5).

La solution est moins brutale en ce qui concerne les autres catégories de conventions, soumises à autorisation. Les modalités du contrôle s'exercent à trois degrés.

Tout d'abord, l'autorisation du conseil d'administration — auquel ne participe pas l'administrateur intéressé par la convention concernée — doit précéder cette dernière (6).

Puis, le président du conseil d'administration donne avis aux

(1) Pour la situation de l'associé non gérant d'une société à responsabilité limitée : Cass. com., 21 juill. 1964, *Rev. trim. dr. com.*, 1965, p. 130, obs. Houin ; solution contraire à celles citées pour les autres situations.

(2) ROBLOT, *op. cit.*, p. 652, n° 1280.

(3) *Loc. cit.*, p. 655, n° 1284.

(4) Art. 106, al. 1 et 2, L. 24 juill. 1966.

(5) Seine, Civ., 27 nov. 1962, D., 1963.730, note Dalsace ; Paris, 26 mai 1966, *Gaz. Pal.*, 1966.1.400.

(6) Cass. com., 16 juin 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11294, note D. B.

commissaires aux comptes des conventions permises par le conseil d'administration, — déclenchant ainsi l'obligation qui incombe aux commissaires aux comptes de présenter à ce sujet un rapport spécial à l'assemblée générale des actionnaires (1) à l'effet de lui permettre de procéder au vote en connaissance de cause. C'est passer au troisième stade du contrôle.

Enfin, donc, l'assemblée générale annuelle est appelée à apprécier la validité des conventions passées avec l'autorisation du conseil d'administration, — étant précisé que le plus souvent, ces dernières ont déjà reçu une exécution partielle ou totale.

Ce qui présente en l'espèce un intérêt majeur est le sort réservé aux dirigeants, lorsque ce contrôle aboutit au rejet d'une convention exécutée. Les autres problèmes, malgré leur intérêt (2) demeurent étrangers à cette étude

La nullité étant jugée inadéquate, à raison de l'exécution partielle ou totale de la convention au moment où intervient le vote, sauf les cas de fraude, il est décidé que les « conséquences dommageables pour la société peuvent être mises à la charge de l'administrateur intéressé, et éventuellement, des membres du conseil d'administration, même en l'absence de fraude » (3).

La loi a prévu en la matière un système de responsabilité, fondé sur des « conséquences préjudiciables » et une présomption de responsabilité « même en l'absence de faute ».

Il faut quitter maintenant les conventions prévues par le législateur, pour aborder les actes personnels bénéficiaires qui ne rentrent pas dans la catégorie soumise à contrôle.

c) *L'acte personnel bénéficiaire.*

197. Cette rubrique regroupe une série d'actes échappant au contrôle *a priori* prévu par les articles 93 et 101 et suivants de la loi nouvelle. C'est le domaine de « l'infidélité » (4). Il s'agira d'actes tendant à dénaturer les pouvoirs attribués aux dirigeants sociaux sans toutefois faire basculer ces derniers dans le champ d'application de la loi pénale.

Si la notion d'infidélité suppose une démarche subjective dépendant parfois de l'existence préalable d'un contrat, une notion semble

(1) Décr. 23 mars 1967, art. 91 et 92.

(2) Voir à ce sujet, sur l'autorisation du Conseil d'administration, note Goré, sous Paris, 23 nov. 1955, D., 1956.290 ; HAMEL, *Gaz. Pal.*, 1944.1, Doctr. 41 ; FAUCONNEAU, *Gaz. Pal.*, 1960.1, Doctr. 8. Sur le rapport des commissaires aux comptes : LAURIOL, « Le rapport spécial des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes, article 40 de la loi du 2 juillet 1867 », *Rev. trim. dr. com.*, 1955, p. 727 et s. ; HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *La réforme des sociétés commerciales*, 1967, p. 81 à 84. Sur la nullité : Cass. com., 12 nov. 1969, *J.C.P.*, 1970.II. 16264, et note Guyon.

(3) RIPERT et ROBLLOT, n° 1283, p. 654, obs. sous art. 104.

(4) Cl. BERR, *op. cit.*, p. 347.

plus satisfaisante, qu'il convient seulement d'esquisser pour l'instant, celle de faute détachable de service, empruntée au droit administratif.

La jurisprudence sépare en deux catégories les actes ou faits personnels bénéficiaires : tantôt, en effet, le dirigeant de la société se servira à des fins personnelles du fonctionnement normal de la société, — tantôt, en revanche, il agira nettement en marge des règles organiques la régissant.

1° L'utilisation du fonctionnement normal de la société :

Il en est ainsi lorsque le dirigeant observe la régularité « constitutionnelle » du fonctionnement de l'être moral. Le fait de prolonger l'existence de la société, sans aucune raison sérieuse, par exemple, entre dans cette première catégorie.

Il a été jugé que commettait une lourde faute de gestion (1), causant un préjudice aux actionnaires, l'administrateur, qui, ayant intérêt à prolonger l'existence de la société, n'a pas proposé (2) à l'assemblée générale la dissolution anticipée, que la situation sociale imposait. De même le fait de se livrer à des spéculations à seule fin de prolonger l'existence de la société, quitte à aggraver son passif, est fautif (3).

Aucune anomalie ne se retrouve dans le fonctionnement de la société : c'est le but poursuivi qui démontre l'acte bénéficiaire.

A l'occasion d'un cas similaire, la Cour d'Amiens (4) a observé que deux administrateurs, « le premier directeur de banque, le second ancien avoué et chef de contentieux, étaient à coup sûr, par leur formation et la pratique de leurs professions » particulièrement à même d'apprécier les dangers de la continuation d'une exploitation condamnée. Cet arrêt concerne certes un cas d'obligation au passif social, du fait de la « faillite » de la société : la nature de la responsabilité ne s'en trouve pas modifiée (5).

Le critère du fonctionnement normal du corps social a été retenu par la Cour suprême, à l'occasion de la nomination d'un administrateur provisoire. Le gérant de la société a été condamné à rembourser (entre autres) à la société, le montant des honoraires de l'administrateur provisoire, en application des règles de la responsabilité civile (6).

(1) Paris, 9 déc. 1942, *J.C.P.*, 1943.II.2165 ; Cass. civ., 17 juill. 1965, *Bull. civ.*, 1956.III, p. 185, n° 217.

(2) En réalité c'est le collège des administrateurs qui était concerné dans son entier.

(3) Paris, 18 juill. 1895, *D.*, 1896.2.78.

(4) Amiens, 3 oct. 1967, *Bull. inf. Joly*, 1968, p. 114.

(5) Note J. P. Berdah sous Aix, 21 avr. 1971, *D.S.*, 1972, p. 162.

(6) Cass. civ., Ch. com., 12 janv. 1970, *Orlandi c/ Bonan, et Société Orlandi*, *Bull. inf. soc.*, mars 1970, p. 177.

Voir égal. Trib. corr. Seine, 14 nov. 1958, *Société des grands Hôtels de Vichy*, *D.*, 1959, p. 568, note Pierre Bonassies. En l'espèce, le tribunal avait considéré

De même, dans le cadre de l'utilisation d'un fonctionnement normal de la société, les administrateurs détenant des parts de fondateurs (1) peuvent parfaitement se favoriser au détriment de l'intérêt social. Il suffirait en effet qu'étant chargés de l'exécution en bourse des actions d'un souscripteur devenu insolvable, ils s'abstiennent de négocier ces dernières, — utilisant leur influence sur le marché financier pour céder leurs parts de fondateurs à des conditions avantageuses et par priorité (2).

La suppression de la concurrence découlant de la mise en vente des titres appartenant à l'actionnaire insolvable ne constitue pas un fait illicite, ou illégal : elle n'en demeure pas moins génératrice de responsabilité, parce qu'elle s'appuie sur un comportement techniquement normal, mais orienté vers des fins personnelles.

Moins difficile à établir sera la responsabilité encourue à raison d'actes personnels bénéficiaires supposant une véritable rupture dans la marche de la société. A l'intention de s'avantager, se joint une dénaturation du fonctionnement de la société.

2° La dénaturation du fonctionnement de la société.

198. En l'espèce, ne sont respectés ni les buts, ni les moyens assignés à l'organe de gestion. C'est ici la notion de détournement qui prévaut.

Nous avons déjà mentionné l'affaire « *Cassegrain - Saupiquet* » (3), sans toutefois qu'il soit possible, en l'absence d'une décision établissant des responsabilités, d'anticiper sur la qualification des faits reprochés au conseil d'administration.

Il faut encore citer le fait par un président-directeur général, disposant avec son groupe de la majorité des voix, de faire adopter des résolutions tendant à vider de sa substance le patrimoine de la

comme un délit d'usage abusif des biens ou du crédit de la société le fait par les administrateurs d'avoir acquitté au moyen de fonds sociaux le montant des honoraires dus aux avoués, avocats et experts dans une action pénale dirigée à leur encontre, en qualité d'administrateurs.

Les administrateurs produisaient une décision sociale majoritaire les assurant de l'entière confiance de la collectivité des associés, et les chargeant de prendre toutes mesures utiles à leur défense. Malgré cette décision régulière, le tribunal avait suivi un actionnaire minoritaire, tout en reconnaissant que son action (constitution de partie civile) procédait d'une intention de nuire.

Devant les critiques de l'ensemble de la doctrine, la Cour de Paris a infirmé ce jugement.

Ce qui était remarquable, dans la décision du Tribunal de la Seine, c'est qu'elle « poussait le souci de protection jusqu'à interdire à une société de se déclarer solidaire de ses administrateurs, même contre des minoritaires dont l'opposition nuit à l'intérêt social » (P. Bonassies).

(1) Hypothèse qui perd de l'intérêt, puisque l'article 264 de la loi du 24 juillet 1966 interdit « l'émission de parts de fondateurs nouvelles à compter du 1^{er} avril 1967 » — les anciennes demeurant régies par les textes les concernant (art. 504).

(2) Paris, 14 mars 1868, *Bull. arr. Paris*, 1868, p. 94.

(3) *J.C.P.*, 1969.II.16122, note Paillusseau et Contin.

société, au profit d'une autre dite de « holding », de telle sorte que la première société soit amenée à cesser son exploitation (1).

De même, l'utilisation de l'actif social par le dirigeant à son profit personnel (2) constitue pour la jurisprudence « une faute lourde », génératrice de responsabilité, tant à l'égard de la société que des créanciers sociaux (3).

De même encore le fait pour les administrateurs de s'être réservé une quote-part dans les bénéfices (4).

Avec l'acte personnel bénéficiaire, on atteint le point culminant du critère de l'intérêt. Le détournement d'intérêt bénéficiant à un étranger à la société, qu'il s'agisse d'un administrateur, ou d'un tiers, a toujours rallié l'unanimité contre lui.

Nous en concluons que la responsabilité encourue de ce chef doit être plus sévèrement appréciée. Certes, cette appréciation plus sévère semble assez difficile à mettre en œuvre. Elle pourrait se manifester quant à la preuve.

On pourrait concevoir une présomption aux termes de laquelle la simple preuve d'un profit direct retiré par un tiers des actes passés par les administrateurs ferait peser sur ces derniers une présomption de faute. Il s'agirait d'une présomption simple, qui exigerait, pour être neutralisée la preuve de l'absence de faute.

Le risque que présente une telle construction est constitué par la difficulté pour le dirigeant social de mesurer la portée exacte de son action — interdire à l'organe de gestion d'assurer, directement ou indirectement un profit à des tiers, aboutit à le freiner, en adoptant une vue très étroite des nécessités économiques.

Nous avons témoigné à l'égard des administrateurs assez de rigueur, jusqu'ici, pour ne pas aller plus avant dans une construction difficile, de surcroît, à mettre en œuvre.

Il serait cependant anormal que la faute constituée par un détournement de l'intérêt social soit sanctionnée moins sévèrement, ou aussi sévèrement — que la faute issue de la simple méconnaissance de l'intérêt social.

(1) Rouen, 2^e Ch., 17 mars 1970, *Journ. soc.*, 1970, p. 321 et 322.

(2) Paris, 3^e Ch., 27 oct. 1969, *Gaz. Pal.*, 1970.1.100.

(3) Nancy, 23 juin 1906, S., 1908.2.137, note Perroud ; Rouen, 26 avr. 1911, *Journ. soc.*, 1913.128 ; Seine, 29 juin 1926, *Journ. soc.*, 1928.562 ; MOREAU, *La société anonyme*, t. I, p. 107, n° 114 ; PIC, *op. cit.*, p. 698, n° 1203.

(4) VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, n° 856.

SOUS-SECTION III

LA MÉCONNAISSANCE DE L'INTÉRÊT SOCIAL
SANS PROFIT DIRECT POUR UN TIERS

199. Cette série d'hypothèses doit faire l'objet d'observations préalables. Tout d'abord, elle se situe encore au sein du critère de l'intérêt : dans la mesure où les pouvoirs de gestion sont « causés » par la recherche de l'intérêt social, la méconnaissance de ce dernier, même sans profit pour un tiers, devient source de responsabilité.

D'autre part, on s'aperçoit que certains actes, insusceptibles de profiter à leur auteur, n'en sont pas moins nocifs à l'égard de la société, justement parce que tout comportement d'un dirigeant social doit tendre vers la réalisation de l'objet social.

Enfin, il paraît préférable d'écarter cet ensemble d'hypothèses de l'étude du critère de l'insuffisance, ci-après analysé, car on se trouve en présence d'un comportement actif, d'une action positive. C'est donc par rapport au but fixé, et partant à l'intérêt, que la jurisprudence a pris position. Elle l'a fait également pour des actes tendant à bénéficier à la collectivité, lorsque des moyens illicites ou frauduleux étaient utilisés (1).

Il est de jurisprudence constante que les dirigeants de la société sont tenus d'une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, à raison des actes illicites et dommageables accomplis dans l'exercice de leurs fonctions (2).

De façon plus précise, et indépendamment des sanctions pénales que pourrait entraîner un tel comportement, il est admis par exemple que la publication de faits faux en vue d'obtenir des souscriptions ou versements à l'occasion de l'émission d'actions, alors que le capital n'a pas été intégralement souscrit, entraîne la responsabilité des administrateurs (3). De même commettent une faute les administrateurs, même démissionnaires, qui laissent porter par leurs successeurs au bilan présenté par ces derniers, la mention inexacte et susceptible d'induire en erreur les tiers selon laquelle le capital d'actions nouvelles provenant d'une augmentation de capital a été intégralement versé (4).

Cette prise de position révèle une extension de la notion de faute (5).

(1) Ce sont les conséquences dommageables pour la société de l'acte incriminé qui conditionneront la responsabilité des administrateurs.

(2) Cass. req., 28 mai 1940, *J.C.P.*, 1940.1674. Voir notamment la nombreuse jurisprudence citée par MOREAU, *La société anonyme. Traité pratique*, t. I, p. 106 et 107.

(3) Cass. crim., 11 mars 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.1.943 ; Paris, 18 juill. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.194.

(4) Cass. req., 9 mars 1942, *J.C.P.*, 1942.II.1930. Voir égal. MOREAU, *op. cit.*, p. 105.

(5) FASSIER, *op. cit.*, p. 114 et 115.

Le silence devant les manœuvres des successeurs, alors que la démission est intervenue, peut-il être source de responsabilité ? Et quel serait alors le fondement de cette responsabilité ?

Un fondement contractuel ne saurait être retenu : il est en effet permis aux tiers d'agir à l'encontre des administrateurs coupables de n'avoir pas protesté, antérieurement à leur démission.

Seul un fondement délictuel, ou quasi délictuel pourrait justifier cette responsabilité. Pour certains (1) un administrateur ne peut se désintéresser totalement de ce qui se passe dans sa société après sa démission, lorsque sa propre gestion est en cause.

A propos de l'application de l'article 4, alinéas 5 et 6 de la loi du 16 novembre 1940, relative à l'obligation au passif social en cas d'insuffisance d'actif, la Cour suprême a décidé (2) que, même en l'absence de preuve d'un intérêt personnel, « l'usage des biens de la société à des fins contraires à son intérêt, tel un emprunt à 36,95 % » devait suffire à une Cour d'appel pour faire jouer cette responsabilité. C'est la manifestation la plus nette de ce qu'une action, même dirigée dans une intention désintéressée à l'égard de la société, est insuffisante à exonérer le dirigeant de sa responsabilité. De surcroît, cette dernière ne peut être considérée comme contractuelle, les tiers pouvant l'invoquer (3).

Et de fait, c'est en matière délictuelle que se retrouve le plus souvent la méconnaissance de l'intérêt social : l'obtention de souscriptions ou d'achat d'actions par des moyens frauduleux (4), l'emploi à des besoins sociaux (5) de fonds provenant d'une augmentation de capital non réalisée (6).

L'étude des décisions citées démontre bien qu'aucun profit personnel aux administrateurs, ou à des tiers à la société n'est intervenu en l'espèce. C'est la société qui a bénéficié des faits frauduleux, mais ce bénéfice eut été total si ces faits ne l'avaient pas été. Leur caractère mensonger aboutit à jeter la suspicion et la méfiance sur le crédit de la société. Ainsi se voit méconnu « à long terme » l'intérêt social.

Lorsque l'intérêt n'est plus en cause, c'est le critère de l'insuffisance qui fonde la responsabilité des dirigeants sociaux.

(1) FASSIER, *loc. cit.*

(2) Cass. Ch. com., 18 nov. 1968, D.S., 1969.J.200.

(3) Paris, 31 mai 1892, D., 1893, p. 249, note Pic. Rapports affirmant la prospérité croissante de la société, diffusée aux candidats acquéreurs, — alors que la « ruine prochaine » de la société était une réalité.

(4) Marseille, 25 avr. 1929, *Rev. soc.*, 1930.420 ; Cass., 3 févr. 1930, *Journ. soc.*, 1931.464 ; Cass., 17 avr. 1931, *Journ. soc.*, 1932.72.

(5) C'est pour satisfaire des besoins « sociaux » que les fonds ont été distraits de leur destination : n'aurait-on pu exonérer de ce chef les administrateurs ? C'est ici que se justifie le critère de la méconnaissance de l'intérêt social, même en vue de la satisfaction d'exigences sociales.

(6) Cass., 10 juin 1914, *Journ. soc.*, 1915.15 ; Cass., 22 juin 1936, *Journ. soc.*, 1937.539.

SECTION II

LE CRITÈRE DE L'INSUFFISANCE

200. Le terme d'insuffisance paraît recouvrir les deux catégories de griefs que l'on peut faire à un dirigeant social, en dehors des hypothèses de détournement conscient de ses fonctions : l'inaction, et l'incompétence. Dans tous les cas, il y a abstention, carence. A l'attitude active, succède la passivité, à l'initiative, l'effacement.

Cette abdication sera le fruit d'une absence de technicité ou encore d'une profonde indifférence. En l'état de notre droit positif, et de la conception découlant de la diligence du bon père de famille, l'inaction sera davantage sanctionnée que l'incompétence. Cette affirmation s'explique probablement par l'exigence d'une faute pour fonder la responsabilité, — et qu'il paraît plus fautif d'être passif, qu'ignare ou incompétent.

Il serait pourtant aisé de répliquer à ce truisme qu'un acte est alors générateur de responsabilités, de façon abstraite et par anticipation : celui d'accepter des fonctions requérant une certaine compétence sans les remplir.

Un appel au législateur est ici formulé : l'existence d'un statut professionnel des dirigeants de sociétés permettrait de déterminer les conditions d'adhésion à ce statut impératif, et partant, un seuil minimal de compétence à observer.

Le jour où la loi posera certains critères de compétence professionnelle, accepter des fonctions sans les remplir constituera une faute objective, exclusive de toute analyse psychologique. Pour l'instant l'analyse intentionnelle est encore nécessaire.

Quelle est l'attitude de la jurisprudence sur ce point ? Tant que la compétence n'aura pas reçu la consécration législative qu'elle mérite, les tribunaux ne peuvent se priver de la recherche des intentions de l'auteur de la faute.

C'est pourquoi, l'étude des éléments matériels de l'insuffisance, suit celle de l'élément intentionnel.

§ 1. — L'élément intentionnel de l'insuffisance

201. Cette terminologie, empruntée au droit pénal est opportune.

Elle permet un rapprochement, axé sur le thème de l'absence de volonté entre la faute civile et la faute pénale.

Combien d'administrateurs en effet ne se retranchent-ils pas derrière leur abstentionnisme pour en faire une cause d'irresponsabilité ! Combien n'invoquent-ils pas leur ignorance des affaires sociales, ou leur absence lors de l'élaboration de décisions néfastes !

Ces excuses sont dans leur ensemble celles que l'on retrouve le plus souvent : plus rarement est invoquée l'atteinte pathologique à la volonté.

C'est essentiellement en matière d'obligation au passif social, au cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société, que les dirigeants ont tenté de combattre ainsi la présomption leur incombant (1).

C'est ainsi qu'une société à responsabilité limitée ayant été mise en faillite par jugement du Tribunal de commerce de Troyes du 10 avril 1962, et la cessation des paiements fixée au 28 novembre 1961, son gérant était poursuivi en vertu des dispositions de l'article 25, alinéa 2, de la loi du 7 mars 1925. Le gérant soutenait avoir été interné dans un centre psychiatrique, du 6 avril 1961 au 22 janvier 1962.

Le Tribunal de commerce ayant jugé la circonstance inopérante, la Cour de Paris (2) considéra en revanche « qu'empêché contre sa volonté de prendre part à la gestion, le gérant ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir apporté aux affaires sociales toute la diligence d'un mandataire salarié » (3).

L'affaiblissement de la volonté, se traduisant par un empêchement mental ou physique d'exercer des fonctions dont on est titulaire démontre bien le rôle de la conscience dans la commission de la faute. Une observation s'impose cependant : l'arrêt n'indique pas la date de prise de possession des fonctions par le gérant. Dans l'hypothèse où il aurait été en fonctions bien antérieurement, les années de gestion ayant précédé sa mise à l'écart auraient pu être analysées, et ce de façon globale. La Cour de cassation (4) n'exige d'ailleurs plus, pour que la présomption de responsabilité soit applicable, que le dirigeant soit en fonctions au moment de la cessation des paiements.

Le même problème s'est posé avec le décès du gérant de société à responsabilité limitée, plus de deux mois avant l'ouverture du règlement judiciaire, et trois jours avant la date de cessation des paiements (5). La Cour de Paris, tout en relevant que ce gérant avait été en fonctions pendant 9 années auparavant, déclara irrecevable le syndic en son action en comblement du passif social.

(1) Article 25, alinéa 2, loi du 7 mars 1925, — et article 4 de la loi du 16 novembre 1940, — puis enfin article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

(2) Paris, 25 juin 1968, 3^e Ch., *Bull. inf. soc.*, 1968.122.

(3) Il convient de souligner en passant le durcissement adopté par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, modifiant le droit des incapables majeurs, et particulièrement l'article 489 du Code civil, alinéa 2, en instaurant une possibilité de responsabilité pour celui qui agit sous l'empire d'un trouble mental, — et une possibilité de réparation des dommages ainsi causés.

(4) 4 févr., 19 mars, 12 mai 1969 (2 arrêts) : par ces quatre décisions, la Cour suprême n'exige plus, pour la présomption de responsabilité en cas d'insuffisance, d'actif, que les dirigeants soient en fonctions à la cessation de paiements, ou au jugement déclaratif (voir note A. Honorat, *Rev. soc.*, 1970, p. 276 à 281).

(5) Paris, 3^e Ch., 29 juin 1967, *J.C.P.*, 1967.II.15285, note J. A.

202. Quoi qu'il en soit, l'élément intentionnel revêt donc une importance certaine, la jurisprudence se référant à la conscience de l'auteur de la faute. Quel accueil réserve-t-elle, dans ces conditions, à la notion de bonne foi ?

Il apparaît que la bonne foi ne saurait constituer une excuse, la négligence « étant fautive au même titre que la faute volontaire » (1).

Les tribunaux ont cependant exonéré les administrateurs de toute responsabilité lorsque ces derniers établissaient avoir pu légitimement ignorer les opérations accomplies à leur insu ; de même la preuve qu'ils ont été victimes de fraudes qu'ils ne pouvaient pas déjouer, — ou encore lorsqu'ils démontraient que leurs instructions n'avaient pas été suivies (2).

A un second degré, les juridictions tiennent malgré tout compte de l'absence de mauvaise foi. Il ne s'agit plus ici des éléments constitutifs de la responsabilité, mais de l'appréciation du quantum du préjudice subi par les demandeurs à l'action en responsabilité. Les tribunaux, « usant d'un *jus moderandi*, compréhensible en équité, quoique juridiquement difficile à justifier » (3), apprécient restrictivement le dommage subi, diminuant du même coup le montant de la condamnation lorsque l'administrateur est de bonne foi.

Une autre facette de la bonne foi est l'inexpérience. La doctrine (4) estime, malgré l'appréciation *in abstracto* de principe de la responsabilité des dirigeants sociaux (5) que le juge peut exiger de l'administrateur d'une immense société anonyme des diligences plus importantes que de la part d'une petite entreprise familiale.

Cette conception, pour le moins relative — de l'abstraction tendrait à confirmer, si besoin était, que toute appréciation d'un comportement suppose préalablement l'existence d'un modèle déterminé. Nous en tirons la conclusion que plus que jamais, s'impose la création d'un statut professionnel, — faute de quoi l'incertitude régnera dans la matière.

Il est assez curieux qu'après avoir posé en principe que la responsabilité du « mandataire social » s'apprécie *in abstracto*, puisse ainsi s'opérer un clivage fondé sur l'importance du patrimoine du « mandant », ou la nature de son activité.

En réalité, c'est la conjonction de la bonne foi, et de la gratuité des fonctions qui permet à la jurisprudence de tempérer les règles de la responsabilité.

(1) Paris, 18 juill. 1895, D., 1896.2.78 ; GUYON, *Juris-Classeur des sociétés*, Fasc. 132, n° 127.

(2) Cass. civ., 10 mai 1948, S., 1950.1.77 ; C. cass. belge, 31 oct. 1946, *Pasicrisie belge*, 1946.I.390.

(3) GUYON, *loc. cit.*

(4) Et not. M. GUYON, *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, Fasc. XXVIII.

(5) On trouve sous la plume de M. Guyon (*loc. cit.*) qu'apprécier « la faute *in abstracto* ne signifie pas qu'on refuse de tenir compte des éléments concrets. Non seulement la conduite de l'administrateur sera jugée par référence à celle d'un représentant de même catégorie, — mais encore on placera ce type de comparaison dans les mêmes circonstances que l'auteur du dommage ».

Ce système de compensation est incompatible avec l'idée qui doit présider à l'acceptation de ses fonctions par le dirigeant social : celui-ci doit connaître les risques d'ordre professionnel qu'il encourt, et ne pas compter sur une mansuétude engendrée par son ignorance.

Il est d'ailleurs symptomatique que déjà à propos de l'élaboration de la loi du 24 juillet 1867, le rapporteur de ce texte ait affirmé que la bonne foi ne suffisait pas pour se dégager de toute responsabilité, ajoutant : « s'il faut que la mauvaise foi soit établie, la répression sera impossible : il tombe sous le sens que la responsabilité des fautes est un principe nécessaire, tutélaire, et que si l'on faisait disparaître ce principe, la mauvaise foi pourrait agir en toute sécurité, sans que dans une foule de circonstances, il fût possible de la constater ».

La bonne foi n'entraînera donc que l'indulgence des tribunaux, et jamais une exonération totale ou partielle de responsabilité. Lorsqu'il s'agit de dissocier la bonne foi du comportement négligent, nous quittons le domaine de l'élément intentionnel, pour aborder celui de l'élément matériel de l'insuffisance.

Cet élément matériel va de l'absence à l'incompétence, en passant par l'abstention et le défaut de surveillance.

§ 2. — Les éléments matériels de l'insuffisance

203. Il peut paraître paradoxal de parler d'éléments « matériels », alors qu'il s'agit de l'inconsistance.

Une carence est-elle un élément matériel ? sans aucun doute. L'omission n'a rien à envier à la commission dans l'appréciation de la faute.

Deux phénomènes se dégagent : l'un, sporadique, l'absence ; l'autre, généralement chronique, l'abstention.

A. — L'ABSENCE.

Il a toujours été admis par les tribunaux que l'absence est une négligence qui, faute de justification suffisante, ne saurait être une cause d'exonération (1). Pour M. Pic (2), elle serait même plutôt, en certains cas, une habileté qu'il appartiendrait au juge de démasquer.

Ainsi, manque spécialement à ses devoirs l'administrateur qui s'est mis lui-même, par ses fréquentes absences, dans l'impossibilité de remplir effectivement et utilement ses fonctions (3).

L'absentéisme fréquent et habituel des membres du conseil

(1) GUYON, *op. cit.*, n° 125.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 702, n° 1206.

(3) Cass. req., 20 avr. 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.2.152.

d'administration ne saurait modifier le caractère fautif de l'absence (1) ; c'est l'un des seuls cas où la faute habituelle de tous ne suffit pas à excuser la faute de chacun. Point donc d'élément de comparaison avec le comportement d'une « normale » déficiente. « La devise de trop d'administrateurs, — laisser faire les autres — se retourne ainsi contre eux » (2).

Il arrive cependant que l'absence ait un motif légitime, ou qu'elle entraîne par la suite une réaction de protestation contre les décisions prises pendant qu'elle se produisait. La jurisprudence exige à la fois un motif légitime pour s'absenter, et une manifestation expresse de désaccord de la part de l'administrateur absent, à l'encontre des décisions prises.

a) L'exigence d'un motif légitime.

204. La légitimité ressortit à l'examen souverain des tribunaux (3). Les juges du fond apprécient la valeur des raisons fournies à l'absence (4).

Seront considérés comme légitimes : la maladie (5), un déplacement à l'étranger ou hors du siège social, — effectué pour le compte de la société (6), ou encore la présence aux armées (7).

A la seule condition d'entrer dans une de ces catégories de motifs, l'absence est une cause d'exénoration de responsabilité découlant des agissements du conseil d'administration. Faute de remplir cette exigence de légitimité, l'absence en revanche s'analysera comme une « circonstance aggravante » (8), l'administrateur se mettant « lui-même » (9) dans l'impossibilité d'assurer utilement sa mission.

Intervient alors un autre concept : celui de ratification tacite.

(1) MAZEAUD et TUNC, t. II, n° 1989. Aussi : GUYON, *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, Fasc. XXVIII.

(2) NOIREL, thèse précitée, p. 201, n° 290.

(3) Paris, 1^{er} août 1883, *Journ. soc.*, 1884, p. 82.

(4) GUYON, *loc. cit.*, n° 124.

(5) Paris, 25 nov. 1904, *Journ. soc.*, 1905, p. 412 ; Amiens, 6 févr. 1910, *Rev. soc.*, 1911, p. 286 ; Trib. civ. Seine, 8 juin 1894, *Rép. Dalloz*, V° Sociétés, n° 1529. Pic invoque le « grand âge », comme cause d'absence... On s'explique d'autant plus aisément l'adoption par l'Assemblée nationale, et le Sénat de la loi tendant à fixer une limite d'âge aux administrateurs ou autres dirigeants sociaux (L. n° 70-1284, 31 déc. 1970).

(6) Lyon, 17 août 1865, D., 1866.2.194 ; Trib. com. Bordeaux, 5 oct. 1937, et Bordeaux, 29 juin 1939, *Rev. soc.*, 1939, p. 308. Voir encore : Cass. crim., 28 févr. 1913, *Journ. soc.*, 1915, p. 161, qui décide que « l'administrateur d'une société dont le siège est fictivement à Londres, et le siège réel à Paris (centre de la vie commerciale de la société), ne saurait exciper de sa bonne foi, en alléguant qu'il a été absent des réunions tenues à Londres... si étant certainement renseigné sur la combinaison frauduleuse du conseil, il y a adhéré sciemment ».

(7) Trib. com. Lyon, 29 juill. 1920, et Cour de Lyon, 10 nov. 1921, *Journ. soc.*, 1923, p. 338.

(8) FASSIER, thèse précitée, p. 117.

(9) Cass. req., 20 avr. 1939, *Journ. soc.*, 1941, p. 172 ; *Sem. jur.*, 1939.II.1302. Voir encore Trib. corr. Seine, 14 nov. 1958, D., 1959, p. 568, note P. Bonassies.

L'absence n'est en effet que le premier stade de la faute. Le second apparaît avec la réaction — ou l'absence de réaction, — de l'absent à son retour, lorsqu'il est mis en présence des décisions du Conseil d'administration génératrices à plus ou moins long terme de responsabilité.

b) Le refus de ratification.

205. La légitimité des motifs de l'absence perd tout effet exonératoire, lorsqu'à son retour, l'administrateur absent entérine, expressément ou tacitement les décisions prises par le conseil.

La question ne pose aucune difficulté en cas de ratification expresse, ou de participation *a posteriori* à la rédaction du procès verbal constatant la délibération (1). En pareille hypothèse, la responsabilité ne saurait être mise en doute (2).

Plus délicats sont les problèmes posés par une attitude abstentionniste : il est admis en général que l'administrateur doit « tout mettre en œuvre pour empêcher la faute de ses collègues » (3).

Bien que « l'excès de confiance » ne soit pas en lui-même une faute susceptible d'engager la responsabilité des administrateurs (4), il ne doit pas se traduire par une abdication totale des prérogatives et pouvoirs attachés au titre d'administrateur.

Ayant ainsi écarté l'approbation tacite, ou la ratification expresse comme causes d'exonération, il reste à envisager les deux possibilités ouvertes à l'administrateur soucieux de se désolidariser de ses collègues : protester ou démissionner.

1° Les protestations.

206. Les protestations, en premier lieu, ne doivent pas être simplement verbales : les protestations d'un administrateur contre les décisions de ses collègues serviront parfois à atténuer sa responsabilité, surtout si elles sont motivées, et inscrites au registre des délibérations, avec le procès verbal de la séance du conseil (5).

Cette manifestation de désaccord peut en outre se traduire par une demande de convocation de l'assemblée générale à laquelle l'administrateur peut faire part de ses observations (6). « L'administrateur doit néanmoins formuler ses critiques ou ses réserves

(1) Cass. crim., 28 févr. 1913, précité, *Journ.soc.*, 1915, p. 161.

(2) GUYON, *op. cit.*, n° 124.

(3) MAZEAUD et TUNG, t. II, n° 1989.

(4) Cass., 27 juill. 1931, *Rev. soc.*, 1932, p. 11. Voir égal. Cass. req., 13 janv. 1869, S., 1869, p. 508, et Paris, 1^{er} août 1868, D., 1869.2.65.

(5) Amiens, 6 févr. 1910, *Rev. soc.*, 1911, p. 286.

(6) A. et C. DALSACE, et N. BERNARD, *Manuel des sociétés anonymes*, 4^e éd., Paris, 1967, n° 148 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1077.

avec modération, car en cas d'excès, il engagerait sa responsabilité envers la société, et envers ses collègues du conseil» (1).

La doctrine recommande plutôt la deuxième voie : la démission (2). En effet, la jurisprudence s'accorde à ne voir dans les protestations qu'une cause atténuatoire, et non exonératoire.

Un jugement du Tribunal de commerce de Bordeaux (3) admet même assez largement cette atténuation de responsabilité, bien que les protestations et réserves de l'administrateur n'aient été dirigées que dans un intérêt personnel, et non forcément dans l'intérêt social. Le tribunal observe en effet : « qu'il pourrait y avoir une certaine corrélation entre l'attitude hostile de C... et le refus de la part du conseil de lui assurer la situation qu'il avait sollicitée dans la société, — que C... ne l'a pas nié, mais que cela ne peut en rien modifier aux yeux du tribunal le principe de ses votes, et de ses protestations ».

Cette décision aurait peut-être été aujourd'hui différente, sous la poussée de la notion d'intérêt social. Quoi qu'il en soit, elle ne modifie pas la nature atténuatoire des protestations. La démission aura-t-elle un effet absoluire ? une réponse nuancée s'impose.

2° La démission.

207. Pour qu'un effet absoluire puisse bénéficier à l'administrateur démissionnaire, certaines conditions doivent être remplies. Mais même en ce cas, la démission n'effacera qu'une période limitée de la gestion (4).

α) Conditions restrictives de la démission :

Elle doit être en premier lieu motivée (5). En l'espèce, la Cour de Paris avait été saisie d'une demande en nomination d'un administrateur judiciaire par l'administrateur démissionnaire, celui-ci ayant exposé que le conseil ne pouvait plus remplir la mission lui incombant.

Le motif de la démission doit ensuite être sincère, et empreint de bonne foi. Elle ne doit pas être « un geste plus théâtral qu'efficace » (6) comme l'a relevé la Cour de Bordeaux à propos d'un administrateur qui cumulait la qualité de plus gros porteur, et conservait de ce chef le contrôle sur la société en qualité de majoritaire.

(1) GUYON, *op. cit.*, n° 126, et les références citées : Cass. com., 27 oct. 1959, *Bull. civ.* III, n° 363, p. 314, et D., 1960.J.454, note Dalsace.

(2) THALLER, n° 670 ; HOUPIIN, t. II, n° 824 ; ROUSSEAU, t. I, n° 227 ; PIC, p. 703 ; GUYON, n° 126 ; FASSIER, thèse précitée, p. 117.

(3) 5 oct. 1937, *Rev. soc.*, 1939, p. 308.

(4) H. SOULEAU, « La démission des dirigeants des sociétés commerciales », *Rev. trim. dr. com.*, 1972, p. 21. *Comp. Rev. soc.*, 1973, D. MARTIN, « La démission des organes de gestion des sociétés commerciales ».

(5) Paris, 22 mai 1965, D.S., 1968, note Contin ; J., p. 147 ; J.C.P., 1965.II. 14274 bis, concl. Nepveu.

(6) Bordeaux, 29 juin 1939, *Rev. soc.*, 1939, p. 308.

Il faut enfin et surtout que cette démission n'intervienne pas contre l'intérêt social : le fait de démissionner à une époque où la présence de l'administrateur démissionnaire s'imposait était lui-même générateur de responsabilité (1). La démission ne saurait être un moyen commode de s'exonérer pour le futur de la gestion passée : c'est ce que révèlent les effets de la démission.

β) Effets limités de la démission.

L'administrateur démissionnaire ne se trouve pas de ce seul fait à l'abri de toute poursuite. Il demeure obligé à raison d'actes antérieurs à sa démission, ainsi qu'à raison de délibérations postérieures « qui ne seraient que le développement d'actes auxquels il a lui-même coopéré, bien loin d'avoir manifesté publiquement sa désapprobation » (2).

La démission n'aura donc d'effet que dans le cadre des actes qui lui sont postérieurs, — à la condition de surcroît qu'elle ait été publiée (3).

Ceci explique finalement le nombre limité de démissions tendant à exonérer les administrateurs absents : c'est qu'en effet, plus fréquemment que l'absence proprement dite, le défaut de surveillance généralisé constitue un autre aspect du critère de l'insuffisance.

Nous atteignons ici le grief le plus souvent formulé, sans doute à l'encontre des administrateurs, car la notion d'abstention est vaste.

B. — L'ABSTENTION.

L'abstention connaît deux intensités. Tantôt elle est généralisée, — et tantôt elle ne recouvre que le manquement à une obligation de surveillance.

L'abstention généralisée a donc le plus large champ d'application : elle englobe un état de carence affectant tous les secteurs de l'activité d'un administrateur. Malgré l'ampleur de son domaine, cette sorte de carence sera cependant moins fréquente que celle découlant du devoir de surveillance.

a) L'abstention généralisée.

208. Les administrateurs sont en effet responsables de leurs abstentions, « même lorsque celles-ci ne contreviennent pas à une loi impérative. En effet, ils se sont engagés à défendre les *intérêts de la société*, et ils sont donc coupables s'ils s'abstiennent de le faire » (4).

Le fait de se désintéresser des affaires de la société est donc généra-

(1) Paris, 8 mars 1958, D., 1958.J.342.

(2) PRC, *op. cit.*, p. 703.

(3) PRC, *Des sociétés commerciales*, p. 703, n° 1206, et spéc., la note 3.

(4) GUYON, *op. cit.*, n° 68.

teur de responsabilité (1). L'administrateur a en effet « le devoir, dès qu'il accepte sa mission, de réclamer toutes libertés, et tous contrôles nécessaires ». Il manque à ses obligations et à sa mission s'il reste en fonction sans le faire (2).

De tous temps, la jurisprudence a distingué les administrateurs ayant personnellement et directement agi, « et ceux à qui l'on peut reprocher une confiance imprudente, ou un défaut de surveillance » (3).

Pour certains, la « faute par omission, qui tend de plus en plus à être retenue par la jurisprudence » (4) est très intéressante.

Les exemples les plus fréquents en sont : l'abstention d'actes conservatoires, ou interruptifs de prescription, l'absence de renouvellement des assurances, ou des inscriptions hypothécaires, défaut de protêt, ou encore de poursuites d'exécution contre un débiteur encore solvable, etc... (5). Cette énumération est certes indicative, et il ne saurait être sérieusement reproché à des dirigeants de n'avoir pas recherché en justice un résultat incertain (6).

Constitue encore une faute le défaut de contrôle des comptes et de vérification de la caisse (7). A l'inverse, un contrôle effectif de cette comptabilité, ou plus généralement de la gestion de la société ont permis à la Cour de Paris d'écarter la responsabilité des administrateurs (8). De même, toute responsabilité a été écartée lorsque les erreurs commises portaient sur des questions « juridiquement controversées » (9).

En revanche, l'obligation d'agir étant intimement liée à l'exercice des fonctions d'administrateurs, ces derniers ne pourraient pas prétendre, en guise d'excuse, que les commissaires aux comptes n'ont pas exercé leur mission assez strictement (10). C'est un problème de surveillance.

b) Le manquement à l'obligation de surveillance.

209. Il s'agit de la forme la plus courante d'abstention, la plus spéciale aussi. Mais cette obligation de surveillance, clairement ressentie par la jurisprudence, pose parfois de délicats problèmes.

(1) Trib. com. Seine, 23 mai 1928, D., 1933.1.89, note Hamel; Cass. com., 6 févr. 1962, *Bull. civ.* III, n° 80, p. 65.

(2) Aix-en-Provence, 3 févr. 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14861, note Percerou.

(3) Lyon, 17 août 1855, et 27 avr. 1865, D.P., 1866.2.194.

(4) NOIREL, thèse précitée, n° 289.

(5) GIVERDON, in *Dalloz. Répertoire de droit commercial et des sociétés*, t. III, Paris, 1958, n°s 143 et s.; NOIREL, *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, II, Fasc. IX bis, p. 11 et s.

(6) Paris, 9 déc. 1958, D., 1959, note Dalsace, p. 141.

(7) Lyon, 10 nov. 1921, *Journ. soc.*, 1923.338; Trib. com. Marseille, 12 févr. 1928, *Journ. soc.*, 1930.296.

(8) Paris, 9 févr. 1935, *Gaz. Pal.*, 7 avr. 1935.

(9) Cass., 2 déc. 1885, S., 1886.1.97; Cass., 8 juill. 1895, *Rev. soc.*, 1895, p. 607.

(10) Cass. com., 14 oct. 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11308, et la note de M. Nectoux.

Autant la surveillance de salariés, directeurs techniques ou autres préposés paraît entrer normalement dans les fonctions des personnes assurant gestion et direction de la société, — autant il est difficile, au regard des principes juridiques, de justifier la surveillance par les administrateurs du président-directeur général.

Tenter de justifier rigoureusement cette surveillance conduit nécessairement à prendre parti sur le partage des attributions du conseil d'administration et du président-directeur général : la tâche est délicate.

1° La surveillance par le conseil d'administration de son président.

Doivent être analysés avec le même soin la source et le contenu du devoir de surveillance ainsi dégagé.

α) Source du devoir de surveillance.

210. L'article 113 de la loi du 24 juillet 1966 énonce : « sous réserve des pouvoirs expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires, et dans la limite de l'objet social, le président du conseil d'administration assume sous sa responsabilité la direction générale de la société. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil limitant ses pouvoirs sont inopposables aux tiers » (1).

D'autre part, l'article 98 de la même loi prévoit que « le conseil d'administration est investi des pouvoirs (2) les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ».

Il en résulte que la loi de 1966 maintient la conception des fonctions du président instituée par les lois de 1940 et 1943, — c'est-à-dire le cumul par la même personne de la présidence du conseil d'administration, et de la direction générale de la société. « Tout en reconnaissant le caractère paradoxal de ce système, où le président-directeur général est en même temps le président de l'organisme qui doit le contrôler, le législateur l'a cependant maintenu, car il avait au moins le mérite d'exister et de fonctionner » (3).

Or si ces deux textes semblent conférer un rôle parfaitement distinct à deux organes généralement distincts, il n'en résulte nullement que le devoir de surveillance soit légal.

Il l'est, par contre, avec l'institution de la société anonyme administrée par un directoire contrôlé par le conseil de surveillance. Les travaux préparatoires montrent suffisamment combien le

(1) Il s'agit là de la rédaction originelle : ce texte a été modifié par la loi n° 67-559 du 12 juillet 1967 (art. 17), puis par l'article 4 de l'ordonnance du 20 décembre 1969 (n° 69-1176).

(2) La loi du 12 juillet 1967 a supprimé les mots « de gestion ».

(3) B. PIEDELIEVRE, *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes*, Dunod, 1967, p. 14.

second modèle de société a été instauré pour remplacer le premier à raison de son imprécision (1).

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence sanctionne un devoir de surveillance qui ne résulte donc d'aucun texte, mais qui est unanimement admis depuis fort longtemps, — sans doute pour éviter les effets néfastes du cumul sur la même tête de la qualité de surveillant et de surveillé.

Il était donc logique que cette obligation de surveillance incombe à d'autres qu'à la personne bénéficiant de ce cumul, — en l'occurrence aux administrateurs.

Le particularisme de la législation française traduisant « une séparation difficile des compétences entre les deux organes » (2) provient de ce qu'on a « abandonné un système libéral dans lequel ces fonctions étaient en général confondues, pour y substituer un système impératif » (3), sans fixer de limites, ni poser de critères.

Il a donc fallu que la jurisprudence dissocie d'abord les deux fonctions, pour élaborer ensuite le contenu de leurs rapports.

Conciliation entre autonomie et subordination, — entre indépendance et sujétion : tels étaient les problèmes que devaient trancher la jurisprudence.

Certaines décisions vont dans le sens de l'autonomie des pouvoirs du président par rapport à son conseil. Pour un jugement (4), le président, en dehors de sa mission d'exécution des décisions du conseil, assume légalement des fonctions de direction et d'administration des affaires courantes impliquant dans la limite de ses attributions, un pouvoir de décision personnel qui suppose initiative et autonomie.

Pour un autre arrêt, cette fonction de direction permettrait de faire « tout ce qui était nécessaire » (5) pour la bonne marche commerciale et technique de la société. La Cour de cassation a rendu des décisions par lesquelles elle mettait en évidence « l'exercice de fonctions d'autorité et de direction avec les pouvoirs les plus étendus », à l'exclusion de tout lien de subordination (6).

Selon cette jurisprudence, l'autonomie serait donc la caractéristique de la fonction de direction : le concept d'autonomie ébranle le fondement du devoir de surveillance. Il a été reproché à cette analyse de méconnaître « la marge d'appréciation dont le conseil dispose pour délimiter les pouvoirs de son président » (7).

Or comment concilier les articles 113 et 98 de la loi nouvelle sans reconnaître à l'organisme collégial une supériorité sur son émana-

(1) B. PIEDELIÈVRE, *loc. cit.*

(2) Rapport LE DOUAREC, n° 1368, t. II, p. 33 et 75 ; DAILLY, t. II, n° 18, p. 140.

(3) J. BURGARD, *op. cit.*, p. 44, n° 56.

(4) Com., Seine, 12 juill. 1951, S., 1952, p. 125, note Houin.

(5) Douai, 26 janv. 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11693.

(6) Cass. com., 11 déc. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13873.

(7) HAMEL et LAGARDE, t. I, nos 650 et s.

tion ? Déjà, un arrêt (1) admettait un droit d'évocation au profit du conseil d'administration.

L'admission de cette seconde thèse, et son articulation avec l'idée de délégation justifieraient pleinement alors l'obligation de surveillance. Le contenu de cette obligation prouve alors que la délégation doit être un comportement actif, et non une attitude passive.

β) Contenu de l'obligation de surveillance.

211. Pour la jurisprudence, il incombe aux administrateurs de façon générale un devoir de surveillance des « services sociaux » (2). Dès lors constitue une faute le fait pour l'administrateur de se désintéresser des affaires sociales, et d'abandonner la direction de l'entreprise à ses collègues, sans surveiller de près leurs agissements (3).

Les membres du conseil d'administration sont donc responsables des fautes et négligences de leur président et du directeur, qu'ils auraient pu neutraliser, en faisant preuve de « vigilance et perspicacité » (4).

La faute commise par le président du conseil d'administration n'est donc pas à la base de la responsabilité des membres du conseil : il s'agirait alors, en pareille hypothèse, d'une responsabilité du fait d'autrui, ce qui n'est nullement le cas.

C'est à raison de l'absence de contrôle ayant rendu possible la faute du Président (5), que les administrateurs sont responsables.

La responsabilité des membres du conseil d'administration ne trouve pas son fondement dans la faute commise par le président du conseil d'administration, mais dans sa méconnaissance : « l'administrateur d'une société qui allègue avoir ignoré le caractère et la portée des opérations faites par la société pendant le temps de son exercice doit, *pour cela même* être considéré comme coupable d'une extrême négligence, et être réputé avoir commis une faute lourde engageant au plus haut degré sa responsabilité » (6).

(1) Angers, 7 déc. 1949, *J.C.P.*, 1950.II.5545. Voir aussi Cass., 4 juin 1946, *J.C.P.*, 1947.II.3518, précité (arrêt *Motte*). Cette position affaiblit celle prise plus haut (n° 59 et s.) d'une structure hiérarchisée à l'extrême.

Ne pas l'adopter toutefois conduit à l'élimination pure et simple du devoir de surveillance ... ce qui serait catastrophique.

(2) Cass. civ., 3 mai 1954, D., 1954.J.437 ; Paris, 9 janv. 1952, D., 1952.J.383 (affaire du *Bon Marché*) ; Paris, 29 déc. 1934, S., 1935.2.63.

(3) NOIREL, *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, V° *Administrateurs de sociétés anonymes*, Fasc. IX bis, n° 99 ; TUNC, « La responsabilité civile des organes d'administration dans les sociétés par actions », in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1959, p. 59 et s. ; Chron. TUNC, D., 1952, p. 77 ; GOUGET, thèse précitée, p. 106 et s.

(4) Douai, 1^{er} déc. 1955, D., 1956.J.223, note Goré ; Cass. civ., 10 mai 1948, D., 1948.J.407 ; FASSIER, *op. cit.*, p. 76 ; GIVERDON, *op. cit.*, p. 49, n° 144 ; CHÉRON, note sous Cass. crim., 1^{er} mars 1945, D., 1946.J.293.

(5) ESCARRA et RAULT, t. IV, 1959, p. 309 et s.

(6) Paris, 18 juill. 1895, D., 1896.2.79.

Il s'agit donc d'une « responsabilité à base de faute, qui doit être démontrée, et non d'une responsabilité légale pouvant s'engager de plein droit » (1).

Cette conclusion était prévisible, à raison de la difficulté de justifier de façon légale le devoir de surveillance, dans la société anonyme de type classique. La solution ne pourrait-elle être différente à l'égard des membres du conseil de surveillance, en cas de faute des administrateurs prévisible et non empêchée ? l'avenir le dira.

212. Antérieurement à la loi du 24 juillet 1867, déjà, la jurisprudence estimait que les administrateurs d'une société anonyme étaient responsables (même envers les tiers, et spécialement envers les créanciers de la société) du préjudice résultant de l'inexécution, pour défaut de surveillance ou pour toute autre cause, du mandat qui leur était confié (2).

Il n'est donc pas étonnant qu'avec la hiérarchisation de la société anonyme, accentuée en 1940 et 1943, puis avec la nouvelle législation, les tribunaux aient imposé le devoir de surveillance, quelles qu'aient été les circonstances. Ainsi dans l'arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1969 (3), la Cour suprême a admis la responsabilité de l'administrateur non rémunéré, qui invoquait pour se soustraire à toute obligation de surveillance le fait qu'il résidait à Paris, — alors que le siège social était en province, — et le fait que le président-directeur général était particulièrement compétent, ce qui rendait illusoire toute surveillance (4).

De même, ce défaut de surveillance, chronique dans les sociétés de famille, ne peut y être excusé à raison des liens de parenté unissant les membres du conseil d'administration et leur président (5).

Les administrateurs, unis par des liens de parenté avec le président du conseil d'administration, ne pourraient invoquer pour s'exonérer « l'impossibilité morale » de surveiller (6).

Les tribunaux ont justement considéré que le devoir de surveillance était assorti de pouvoirs légaux en vue de sa réalisation, et ne pouvait donc être négligé.

On ne peut mieux faire que de citer ici une des décisions rendues dans l'affaire *Glorieux* (7), qui juge « incompréhensible que les

(1) YAMULKI, thèse précitée de Genève, 1964, p. 112 et s.

(2) Cass., 13 janv. 1869, S., 1869.1.209. Cette solution illustre les contradictions de l'analyse contractuelle.

(3) Cass. civ., Ch. com., 2 déc. 1969, *Bull. inf. soc.*, 1970, p. 33.

(4) Cet arrêt a certes été rendu à propos de l'action en comblement pour insuffisance d'actif, — mais le raisonnement demeure le même dans les deux situations.

(5) Voir Amiens, 3 oct. 1967, précité, *Bull. inf. soc.*, 1968, p. 11.

(6) Il s'agit ici d'un rapprochement rapide avec l'impossibilité morale de se procurer un écrit, admise en cas de parenté par le droit civil (art. 1948, C. civ., Req., 2 févr. 1920, D.P., 1921.1.40).

(7) Trib. com. Roubaix, 26 sept. 1956, D., 1957.J.12.

administrateurs de la société en faillite aient laissé la direction totale de l'affaire à Victor Glorieux (président-directeur général)... que les administrateurs, exerçant la même profession, pouvait surveiller activement et efficacement la marche de l'entreprise, — qu'ils étaient sur place, et avaient des liens de parenté très étroite avec le président...»

Plus simple apparaît le problème de la surveillance par les organes de direction et d'administration des préposés de la société, ou des personnes chargées d'une mission déterminée.

2° La surveillance des préposés de la société.

A raison des aspects particuliers de la direction technique et surtout générale, il est apparu nécessaire d'opposer le sort des salariés de l'entreprise, et celui du directeur général.

α) La surveillance des salariés.

213. Le personnel, lié à la société par des contrats de travail, ou de mandat, selon l'hypothèse, est tenu à son égard d'obligations déterminées.

Il ne saurait être question d'instaurer une responsabilité de plein droit des administrateurs du fait des fautes des préposés ou mandataires de la société (1).

C'est en principe au président du conseil d'administration qu'incombe la surveillance de cette catégorie de personnes (2). Néanmoins, ici, la jurisprudence fait reposer sur le « conseil d'administration » (3), et de manière plus précise sur les administrateurs dans leur ensemble, une obligation de surveillance des employés les plus importants. Cette responsabilité s'efface en ce qui concerne « les simples exécutants » (4).

Ainsi, la surveillance des « directeurs techniques » liés à la société par les relations du droit du travail : directeur commercial, directeur administratif, financier cadres et employés supérieurs, — ressortit de manière égale à la compétence des administrateurs, et de leur président.

Ne se pose plus pour la direction technique le problème organique qui était apparu à propos du contrôle de la direction « générale » (5).

Bien que certains arrêts aient visé la « maîtrise absolue du personnel », en ce qui concerne les attributions des directeurs géné-

(1) GUYON, *Juris-Classeur des sociétés*, Fasc. 132, n° 73, p. 10.

(2) Cass. com., 6 févr. 1962, *Bull. civ. III*, n° 80, p. 65.

(3) Voir la thèse de M. SABEAU-JOUANNET, Strasbourg, 1941, *Le conseil d'administration considéré comme une entité*, p. 38, et les références citées.

(4) GUYON, *loc. cit.*

(5) Voir *supra*, n° 210 et s.

raux (1), la doctrine n'en écarte pas pour autant en ce domaine la vigilance des administrateurs.

Quel est alors le fondement de cette obligation de surveillance, alors que doctrine et jurisprudence affirment la compétence du président du conseil d'administration pour nommer et révoquer les employés (2) ?

Répondre à cette question serait faire un grand pas dans la délimitation du rôle du conseil d'administration et de son président. Il faut se borner à constater que ce devoir de surveillance des administrateurs résulte du droit positif. Il en est de même à propos de l'obligation de contrôler le directeur général.

β) La surveillance du directeur général.

214. La question se pose lorsque le président du conseil d'administration est à la fois directeur général, ou lorsqu'il existe un directeur général qui n'est pas forcément le président du conseil d'administration.

En effet, le directeur général, ou son adjoint, sont à la fois « l'auxiliaire du président, et le mandataire du conseil d'administration » (3). De cette double allégeance, la jurisprudence a déduit une double obligation de surveillance : la première incombant au président, — la seconde aux administrateurs (4).

Si la jurisprudence antérieure mit l'accent sur la première de ces obligations, la loi nouvelle semble insister sur le rôle du conseil d'administration. Antérieurement à 1966, donc, la jurisprudence assimilait pratiquement les administrateurs délégués aux directeurs généraux, et directeurs généraux adjoints.

Sous l'empire des lois antérieures à 1940, les tribunaux admettaient concurremment la responsabilité des membres du conseil d'administration, et plus particulièrement du président de ce conseil à raison du défaut de surveillance des administrateurs délégués (5). Puis la législation des années 1940-1943 ayant ouvert la voie à la nomination de directeurs, en distinguant la direction de l'administration, la notion d'administrateur délégué n'avait plus de raison d'être. Néanmoins, la surveillance exigée du conseil d'administration ne changea pas, qu'elle porte sur des administrateurs délégués, ou sur des directeurs généraux ou adjoints.

Ainsi la Cour de cassation décidait fréquemment que le fait

(1) BURGARD, *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, L.G.D.J., 1968, p. 36 et s.

(2) B. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, Dunod, 1967, p. 18 et s., nos 36 et s.

(3) GUYON, *Juris-Classeur des sociétés*, Fasc. 132, n° 72.

(4) Décision relative à des administrateurs délégués, puisqu'antérieure à 1940 : Cass., 7 janv. 1930, D., 1932.1.191, et la note Cordonnier.

(5) MOREAU, *op. cit.*, p. 105, n° 113 ; Cass., 22 juin 1936, *Rev. spéc.*, 1937.140 ; Cass., 21 déc. 1936, *Journ. soc.*, 1938.216 ; Cass., 1^{er} févr. 1938, *Rev. spéc.*, 1938.590 ; Cass., 16 févr. 1937, *Rev. trim. soc.*, 1937.132 ; Cass., 20 avr. 1939, *Journ. soc.*, 1941.172.

de déléguer ses pouvoirs à un administrateur délégué (1) n'exonérerait pas le délégué de l'obligation de contrôler la gestion de son substitué, — puisqu'il subsistait « une obligation de vigilance et de perspicacité » (2).

Tout récemment, la Cour suprême a décidé que le président-directeur général était tenu d'une obligation de surveillance à l'encontre du directeur général adjoint (3). En l'espèce, un président-directeur général de société anonyme mise en faillite avait fait l'objet d'une condamnation au regard des déchéances prévues par l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940.

Dans son pourvoi contre l'arrêt l'ayant condamné, ce dirigeant indiquait qu'aucune faute ne pouvait lui être imputée à titre personnel, les fautes génératrices de la situation sociale ayant été commises par le seul directeur général adjoint. La Cour de cassation décida qu'il était coupable de ne pas avoir utilisé les pouvoirs étendus mis à sa disposition par la loi pour surveiller la gestion sociale.

La loi nouvelle laisse subsister une certaine équivoque quant à la détermination de la personne du « mandant » dans les rapports entre le directeur général et le conseil d'administration. Aux termes de l'article 115 en effet, « sur la proposition du président, le conseil d'administration peut donner mandat à une personne physique d'assister le président à titre de directeur général « ... » le conseil détermine leur rémunération ».

C'est d'ailleurs le conseil d'administration qui peut révoquer ces directeurs généraux (4), mais sur proposition du président.

215. Les liens qui unissent cependant le président du conseil d'administration et le directeur général semblent se relâcher, puisqu' « en cas de décès, de démission, ou de révocation de celui-ci, il conserve sauf décision contraire du conseil, ses fonctions et ses attributions jusqu'à la nomination du nouveau président » (5).

C'est néanmoins « en accord avec son président », que le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs délégués aux directeurs généraux » (6).

De cette collaboration entre le conseil d'administration et son président, il apparaît prudent de déduire que chaque administrateur est tenu d'un pouvoir de surveillance — et d'un devoir semblable — à l'égard des directeurs généraux ou adjoints, de manière indistincte.

(1) Cass. req., 20 janv. 1902, D., 1904.1.142 ; Paris, 29 déc. 1934, S., 1935.2.63 ; Cass. civ., 10 mai 1948, S., 1950.1.77 ; Cass. com., 3 mai 1954, *J.C.P.*, 1954.II.8257, note Bastian.

(2) Cass. com., 3 mai 1954, précité.

(3) Cass. civ., Ch. com., 19 déc. 1967, *Bull. cass.*, Ch. civ., 1967.III, p. 402, n° 426.

(4) Art. 116, L. 24 juill. 1966, al. 1^{er}.

(5) Art. 116, L. 24 juill. 1966, al. 1^{er}.

(6) Art. 116, al. 2.

L'exigence de ce devoir de surveillance apparaît justifiée puisqu'à l'égard des tiers, les directeurs généraux disposent des mêmes pouvoirs que le président (1).

L'étendue des fautes d'omission est donc au moins aussi vaste que celles des fautes par commission. Il apparaît donc que la responsabilité des dirigeants sociaux est aisée à mettre en jeu lorsqu'on invoque la faute d'opportunité.

On peut craindre que la liste des fautes à éviter ainsi dressée, ne décourage totalement les candidats à un poste de dirigeant social. L'opportunité est en effet le domaine de l'initiative. Rendre cette dernière périlleuse est risqué : il peut en résulter la paralysie de la société, — ou, à plus long terme, la difficulté de recrutement des dirigeants.

Envisager cependant de réduire le domaine des fautes ci-dessus décrites semble impossible. Plus réduites en nombre semblent les fautes de légalité : celles commises en violation de la loi ou des statuts.

Si leur nombre est plus réduit, leurs conséquences ne sont pourtant pas négligeables, car ici, la qualification de l'infraction à la loi est plus franche, plus nette.

(1) Art. 117, L. 24 juill. 1966.

CHAPITRE II

LA VIOLATION DE LA LÉGALITÉ

216. La faute d'opportunité devient facile à cerner, — alors et surtout qu'elle peut être invoquée par tout intéressé — y compris les « tiers », — malgré sa qualification traditionnelle de contractuelle.

La raison en est la spécificité des sociétés commerciales.

Si le tiers peut invoquer à son profit la faute d'opportunité, à plus forte raison pourra-t-il exciper de la faute de légalité : la voie vers l'unité est ouverte.

Il faut retracer à cet égard une brève évolution législative et jurisprudentielle, pour tenter de définir ce qu'était « la violation de la loi ».

Les textes antérieurs, et particulièrement l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 parlaient de la violation de la loi ou des statuts pour fonder cette responsabilité. Doctrine et jurisprudence, malgré la référence à la loi du 24 juillet 1867, y voyaient un rappel aux principes généraux du droit, en combinant essentiellement les règles du Code civil applicables au mandat, et les articles 1382 et 1383 du même code.

La loi du 24 juillet 1966, dans sa rédaction originale, sembla déjà amorcer l'abandon des références aux principes généraux, mais de façon trop confuse : elle décidait que les administrateurs (comme les autres dirigeants sociaux) étaient responsables, entre autres, « des infractions aux dispositions du présent chapitre et des chapitres V et VI » (1).

La suppression de la référence au droit commun, et la limitation de la responsabilité aux seules infractions édictées par trois chapitres de la loi, ne donna pas satisfaction.

C'est pourquoi la loi n° 67-559 du 12 juillet 1967 dans son article 23 consacra le principe de la responsabilité pour infractions « aux dispositions législatives ou réglementaires applicables » à la société anonyme.

Se trouvait donc consacrée la règle de la spécificité, en ce qui concerne du moins la violation de la loi : on comprendrait mal, désormais, que référence soit faite par les tribunaux, à des textes

(1) Art. 244, L. 24 juill. 1966.

législatifs généraux, ou spéciaux, comme le contrat de mandat, par exemple (1).

Si une telle référence peut à l'extrême limite paraître admissible pour une faute de gestion, innomée, et ne mettant pas en cause une règle préexistante, en revanche, la responsabilité pour violation de la loi ne peut plus s'entendre qu'en cas d'infraction aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés.

217. Un second problème se pose encore : la loi prévoit aussi une responsabilité pour violation des statuts. Les statuts s'analysant comme le pacte social, peuvent receler des clauses de type contractuel. Partant, est-il logique de les mettre sur le même plan que les dispositions législatives ou réglementaires ?

Enfin, on comprendrait mal que les tiers puissent invoquer une violation de la charte sociale (dans ses éléments non impérativement prévus par la loi du moins), qui ne fait que la loi des *parties*. Et pourtant le droit positif l'admet sans difficulté.

Ces scrupules semblent depuis longtemps dépassés : la doctrine s'accorde à dire qu'en réalité, il s'agit pratiquement de la même source d'obligations, c'est-à-dire une source formelle, par opposition à la source informelle constituée par la nécessité d'une bonne gestion. D'autre part, le législateur, par la multiplication de techniques impératives, d'effet positif ou négatif (2), a plus ou moins limité la liberté contractuelle à de simples modalités sans conséquences.

Il n'est que de feuilleter les formulaires destinés aux praticiens pour se rendre compte que les articles des statuts reprennent souvent le texte même de la loi, — et en tous cas n'en abandonnent jamais l'esprit, même lorsqu'elle n'est que supplétive.

Il faut donc considérer de manière indistincte la loi et les statuts, source formelle de responsabilité (3).

Cette source formelle, donnant naissance à des obligations légales, ou presque légales, permet d'appliquer une responsabilité pour faute ; cette dernière s'analysera alors sans restriction comme la violation d'une obligation préexistante. C'est dire, une fois cette démarche accomplie, que ne se pose qu'un problème de classification et d'énumération.

Point ici de souffle épique, point de conviction à entraîner : les obligations préexistent. Elles sont dictées par la loi, ou par une convention qui lui ressemble étrangement. La description l'emporte ici sur la véritable analyse : il reste simplement à sérier les diverses infractions recensées par la jurisprudence, ou la loi elle-même, quant au statut des dirigeants, — et à la violation de la légalité dans les relations interorganiques.

(1) Nous pensons ici notamment à l'article 1992 du Code civil.

(2) Voir *supra* n° 15 à 17, 44 et s., etc...

(3) YAMULKI, *op. cit.*, p. 66, et note 222 (références citées).

SECTION I

**LES INFRACTIONS RELATIVES AU STATUT
DES DIRIGEANTS SOCIAUX**

Seront considérées comme concernant le statut des organes de direction et de gestion, les règles leur incombant en cette qualité : diverses obligations personnelles, ou exigence de conditions particulières.

Si leur statut recouvre des normes de caractère purement personnel, il englobe également des règles afférent à la situation juridique de la société : ainsi les conditions de nomination, les conditions d'âge, l'obligation de discrétion, ou encore la réduction du capital social.

Les règles relatives à la nomination des administrateurs, et celles concernant leurs obligations fonctionnelles méritent un examen séparé.

**§ 1. — Règles relatives à l'entrée en fonctions
des organes de direction**

Deux problèmes se posent, le premier dicté par l'impératif pour les administrateurs d'être actionnaires, et de déposer leurs actions en garantie. Le second est d'inspiration plus récente : il s'agit de la limite d'âge imposée par le législateur pour l'exercice des fonctions.

A. — LES ACTIONS DE GARANTIE.

218. La plupart des législations imposent aux administrateurs de sociétés anonymes l'obligation de fournir une sûreté, pour garantir la bonne administration de la société. Ces actions, le plus souvent, devaient être celles de la société concernée.

L'article 26 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait que « les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts » (1). Il faut remarquer que la loi laissait aux statuts le soin de fixer le nombre d'actions à détenir par les administrateurs. De nombreux auteurs ont reproché au législateur cette lacune, alors et surtout que la législation antérieure à 1867 « était autrement sévère » (2) en exigeant un minimum de vingt pour cent.

La jurisprudence, appliquant l'article 26, décidait donc que cette

(1) Il s'agit de l'alinéa 1^{er}, les suivants décrivant le régime des actions de garantie.

(2) RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 1267, p. 645.

qualité était nécessaire (1), tant et si bien que les administrateurs qui ne l'étaient pas pouvaient obtenir aisément de ceux qui souhaitaient les voir nommer que leur soient cédées les actions indispensables (2)

Sans porter de jugement de valeur sur l'exigence d'un nombre important ou limité d'actions, il faut admettre qu'il s'agit d'une condition légale de nomination. Quelle que soit la valeur des titres donnés en garantie, l'infraction à la loi est constituée si l'administrateur n'est pas actionnaire (3).

La loi du 24 juillet 1966, reprenant à son compte la deuxième rédaction de l'article 61-*a* du projet de l'association nationale des sociétés par actions (4), décide en son article 95 que le nombre d'actions minimum exigé ne saurait être inférieur à celui exigé par les statuts pour ouvrir accès à l'assemblée générale ordinaire.

Ces actions, toujours nominatives et inaliénables, (5) ne seront restituées à l'administrateur qu'après expiration de ses fonctions, et vote de son *quitus* (6).

Si au jour de sa nomination, l'administrateur n'est pas propriétaire du nombre de titres requis, ou si cette qualité est perdue en cours de fonctions, un délai de trois mois lui est ouvert pour régulariser sa situation. Faute de le faire, il sera réputé démissionnaire d'office (7). Les tribunaux, sous l'empire de la loi de 1867, avaient admis de surcroît que cet administrateur encourait une responsabilité pour les fautes suivantes : ne pas être actionnaire (8), — n'avoir pas déposé dans la caisse sociale ses actions de garanties, — ou l'avoir fait irrégulièrement (9).

A cette violation conjuguée de la loi et des statuts, contemporaine de la nomination de l'administrateur s'en ajoutent d'autres, dégagées de manière spécifique par le législateur moderne.

(1) Cass. com., 6 juill. 1961, *Rev. soc.*, 1962.35 ; Lyon, 2 févr. 1953, *Journ. soc.*, 1954.287 ; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 645, n° 1267.

(2) Trib. com. Seine, 23 janv. 1959, D., 1960.J.323, note Dalsace ; Cass. com., 31 oct. 1956, *J.C.P.*, 1957.II.9889.

(3) Voir ESCARRA et RULT, *op. cit.*, p. 32, n° 1372 ; HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, p. 760, n° 637.

(4) Le premier projet prévoyait d'ailleurs à l'origine que ce nombre ne pouvait être inférieur à 25, et au moins égal au quintuple de celui exigé par les statuts pour assister à l'assemblée générale ordinaire (*Travaux Commission de réforme*, vol. 2, 1950, p. 169-170, et 187-188).

(5) Sur la notion d'inaliénabilité : RIPERT et ROBLOT, n° 1268.

(6) Cass. com., 14 mars 1956, *Bull. cass.*, 1956.III.115 ; Rouen, 18 oct. 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.2.347 ; art. 96, L. 24 juill. 1966.

(7) Art. 95, al. 3, L. 24 juill. 1966. L'article 97 prévoit que les commissaires aux comptes veillent sous leur responsabilité au respect de ces dispositions.

(8) Aix-en-Provence, 21 févr. 1907, *Gaz. trib.*, 1908.1, *Soc.*, n° 22-23 ; MOREAU, *op. cit.*, t. I, n° 112, p. 102.

(9) Cass., 20 juin 1898, S., 1899.1.257 ; Seine, 12 déc. 1904, *Journ. soc.*, 1905.520.

B. — LES CONDITIONS MODERNES DE NOMINATION.

219. Ces conditions, dont la violation entraînera responsabilité de l'administrateur, concernent tant sa situation passée, que son âge.

— L'article 92 de la loi du 24 juillet 1966, concernant le cumul des mandats d'administrateur et ses conséquences, pose les conditions d'accès à la fonction d'administrateur.

De même, sont des violations de la loi et des statuts, génératrices de responsabilité les acceptations de fonctions alors que l'administrateur se savait frappé d'une incapacité, d'une incompatibilité, d'une interdiction ou d'une déchéance (1).

— La loi n° 70-1284 du 31 décembre 1970 (2) insère dans la loi du 24 juillet 1966 plusieurs articles (3) déclarant que les statuts doivent prévoir, pour l'exercice des fonctions d'administrateur, de président du conseil d'administration, de directeur général, membre du directoire, ou directeur-général unique, une limite d'âge.

Le texte, applicable au premier octobre 1972, se réfère à un principe existant déjà — et depuis fort longtemps dans le droit anglais, et rejoint donc la conception d'un statut professionnel.

La loi prévoit en effet que toute nomination intervenue au mépris des dispositions qu'elle édicte est nulle. Ne peut-on supposer, — certes, sous réserve d'un préjudice à démontrer — que la nomination d'un organe de direction ou d'administration au mépris de ces règles pourrait entraîner une responsabilité de ce dernier, au même titre que le défaut de la qualité d'actionnaire ? S'il semble bien tôt pour l'affirmer, il faut envisager que le problème se pose dans un avenir proche.

(1) GUYON, *Juris-Classeur des sociétés*, Fasc. 32, n° 34.

(2) *J.O.*, 31 déc. 1970, p. 12281, D., 1971.4, p. 33.

(3) La disposition applicable aux sociétés anonymes comprend quatre situations :

a) Article 90-1 de la loi du 24 juillet 1966 : les statuts doivent prévoir, pour l'exercice des fonctions d'administrateur, une limite d'âge s'appliquant soit à l'ensemble des administrateurs, soit à un pourcentage déterminé d'entre eux. A défaut, le nombre d'administrateurs ayant dépassé l'âge de 70 ans ne pourra excéder le tiers des administrateurs en fonctions.

b) Les statuts doivent limiter l'âge du président du Conseil d'administration à 65 ans.

c) L'article 115-1 fixe la même limite au directeur général.

d) Le même sort est réservé aux membres du directoire, et au directeur unique.

e) L'article 129-1 concerne l'âge limite des membres des conseils de surveillance. Les statuts doivent prévoir l'âge limite de 70 ans, et le nombre de membres dépassant cet âge ne peut excéder un tiers des membres en fonction.

La sanction commune à toute nomination irrégulière de ce chef est la nullité. Ces règles, apparemment secondaires dénoncent la tournure professionnelle que prend le statut des dirigeants sociaux, mieux qu'une solennelle déclaration de principe.

Plus classiques sont les infractions commises par les administrateurs dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions.

§ 2. — Règles relatives au fonctionnement de la société

Parmi les obligations multiples des dirigeants, il en est une traditionnelle, — et une plus récente : la première a trait à la réduction du capital social, — et la seconde à l'obligation de discrétion.

A. — LA RÉDUCTION DU CAPITAL.

220. De façon générale, l'hypothèse de perte d'une fraction importante du capital social oblige les dirigeants sociaux à sauvegarder les droits compromis des actionnaires et des créanciers sociaux.

C'est ainsi qu'il était fait obligation aux administrateurs par la loi du 24 juillet 1867 (1), en cas de perte des trois quarts du capital social, de provoquer la réunion de l'assemblée générale, à l'effet de décider de la dissolution de la société, ou de sa continuation.

Il a toujours été jugé qu'il s'agissait d'une obligation d'ordre public, tant et si bien que les statuts ne sauraient avoir pour effet d'en dispenser les organes de gestion (2). La doctrine admettait en revanche la possibilité de modifier les statuts en fixant un seuil moins brutal que les trois quarts du capital : la moitié ou le tiers étant jugés assez importants pour susciter une réaction d'alarme (3).

Si un tiers demandait la dissolution judiciaire de la société, — faute par l'assemblée de l'avoir décidée — la responsabilité des dirigeants sociaux pouvait être mise en jeu sur le fondement de l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 (4). Les tribunaux décidaient, lorsque l'assemblée n'avait pas été convoquée en temps utile, que le passif social existant à la date normale de convocation pouvait être mis à la charge des administrateurs (5).

(1) Art. 37, al. 1^{er}.

(2) PIC, nos 1230 et 1235.

(3) HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. II, 5^e éd., p. 516, n° 1086 ; Cass. req., 25 févr. 1936, *Rev. soc.*, 1937, p. 155.

(4) Cass. req., 24 oct. 1892, D., 1892.1.600. Voir NOIREL, « Administrateurs de sociétés anonymes », in *Juris-Classeur de la responsabilité civile*, II, Fasc. IX bis, 1960, n° 60, p. 9 ; Cass., 3 avr. 1912, D., 1912.1.521 ; Paris, 9 déc. 1942, *Rev. soc.*, 1944, p. 157.

(5) La Cour de cassation, dans l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 25 février 1936 a décidé que le fait de ne pas convoquer, conformément aux statuts, une assemblée générale après perte de la moitié du capital social rend

Cette obligation se retrouve dans la loi du 24 juillet 1966, encore que sa rédaction ait été modifiée par la loi du 6 janvier 1969. Le texte original de la loi de 1966 prévoyait en son article 241 une reprise pure et simple du texte de l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867.

La formule en a été modifiée par la loi 69-12 du 6 janvier 1969, qui décide que l'obligation de convoquer l'assemblée apparaît si « du fait des pertes constatées dans les documents comptables, l'*actif net* de la société devient inférieur au quart du capital social ».

Cette obligation est assortie d'un délai de quatre mois à compter de l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte. La faute sera ici facile à prouver, car l'obligation préexiste de manière traditionnelle.

En revanche, il est une obligation récente, également assimilable aux éléments d'une véritable déontologie : l'obligation de discrétion.

B. — L'OBLIGATION DE DISCRÉTION.

221. Nous avons déjà fait état de la nécessité de respecter « le secret des affaires » (1). Son intérêt majeur est qu'elle résulte de la loi, — même si cette dernière n'a prévu aucune sanction.

Pour la nouvelle loi, « toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration », ainsi naturellement que les administrateurs, — est tenue à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel, et données comme telles par le président du conseil d'administration.

Si, de l'avis des commentateurs, nous n'en sommes pas encore au « secret professionnel », susceptible d'engendrer une sanction pénale (2), en revanche, la responsabilité civile jouera sans difficulté (3).

Le fait que cette responsabilité soit partagée, par exemple avec les membres du comité d'entreprise, ou toute autre personne assistant aux réunions, ne modifiera pas la nature de la faute commise.

Le préjudice, nécessaire pour que soit mise en jeu la responsabilité pourra découler aisément du fait, par exemple « de profiter des renseignements communiqués en conseil, pour spéculer sur les titres de la société, causant ainsi un dommage aux autres actionnaires » (4).

les administrateurs responsables envers la masse à raison du passif à la date à laquelle ils auraient dû convoquer cette assemblée. De même, voir Trib. com. Lyon, 1^{er} juill. 1926, *Rev. soc.*, 1927, p. 199.

(1) Voir *supra*, p. 248 n° 188.

(2) Cass. crim., 5 mars 1957, *Bull.*, n° 241, p. 428 ; Cass. crim., 5 févr. 1970, *Rev. soc.*, 1970, p. 656, note Bouloc.

(3) PLAISANT et DELAISI, *Encyclopédie Dalloz. Sociétés*, V° Conseil d'administration, n° 37.

(4) GUYON, *op. cit.*, n° 46, précité.

Que la faute soit ici orientée vers un profit, ou qu'elle procède d'une imprudence, peu importe : il y a violation d'une obligation légale préexistante.

Le même raisonnement se retrouve, avec la violation de la légalité dans les relations interorganiques.

SECTION II

LA VIOLATION DE LA LÉGALITÉ DANS LES RELATIONS INTERORGANIKES

222. Il faut examiner ici les fautes, issues de violations de la loi ou des statuts, qui naissent à propos de relations entre les administrateurs et d'autres sujets de droit.

L'expression sujet de droit désignera dans les développements qui suivent, d'autres organes de la société, et des personnes physiques comme les créanciers, les actionnaires.

Peut-on conférer la qualité de sujet de droit à un organe social comme l'assemblée ? L'absence de personnalité morale s'y oppose. C'est pourquoi nous préférons souligner l'impropriété des termes utilisés, rappelant encore qu'il s'agit moins d'une analyse technique que d'une méthode d'approche globale.

Quelles sont les diverses relations qui peuvent naître au sein d'une société, pour les dirigeants ? Poser une telle question revient à se demander qui peut bénéficier des obligations légales ou statutaires incombant aux administrateurs.

Il nous est apparu qu'une distinction tripartite permettait d'englober toutes les hypothèses :

— Relations entre organes de la société, *proprio sensu* ;

— Relations entre les administrateurs et les tiers, ensuite, qu'il s'agisse d'actionnaires, ou de tiers proprement dit ;

— Relations entre administrateurs et la société elle-même.

Certains auteurs avaient cru pouvoir soutenir que les organes sociaux étaient des « entités » (1) : suivre ce raisonnement aboutirait à morceler la personnalité morale de la société, sans pour autant la conférer à ses organes.

C'est pourquoi, conscient de l'équivoque que contient l'expression « relations entre organes », nous concluons en indiquant que la doctrine utilise cependant par commodité cette terminologie. Nous la suivrons donc.

(1) SABEAU-JOUANET, *Le Conseil d'administration considéré comme une entité*, thèse Strasbourg, 1941 ; Claude BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, 1961 ; J. C. RENARD, *La répartition des pouvoirs entre les organes de la société anonyme*, thèse Paris, 1958.

§ 1. — Les relations entre les organes

223. Cette rubrique comprend les rapports entre les administrateurs, les assemblées, les contrôleurs, et les commissaires aux comptes, notamment.

C'est dire que cette étude ressortit au domaine du fonctionnement de la société. Les « conflits de légalité naissent le plus souvent de la méconnaissance par un organe de la fonction d'un autre organe. Ils sont dus pour la plupart à l'attitude des dirigeants... » (1).

Dépassement de compétence, irrespect des normes de fonctionnement des autres organes sont les multiples aspects d'un problème d'équilibre dans les relations.

L'arrêt *Motte* du 4 juin 1946 précité n'est pas étranger à cette personnalisation des organes, lorsqu'il décide que « l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale. Il n'appartient donc pas à l'assemblée d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration ». Il ne faut donc pas s'étonner que loi et jurisprudence aient souhaité cet équilibre dont nous parlions plus haut, en transférant une partie de la personnalité morale de la société à chacun de ses organes.

La doctrine utilise les termes de tutelle pour qualifier les rapports entre l'assemblée et le conseil d'administration (2). Les conflits de légalité entre les administrateurs et l'assemblée se manifesteront donc essentiellement par une tentative des premiers de se soustraire à la tutelle exercée par la seconde.

Ainsi la jurisprudence sanctionne le fait de ne pas convoquer l'assemblée générale, ou de la convoquer irrégulièrement (3). La loi du 24 juillet 1966 a confirmé l'obligation incombant au directoire, ou au conseil d'administration, selon le cas, aux termes de l'article 158.

De même, l'empiètement par le conseil d'administration ou le directoire sur les attributions réservées à l'assemblée des actionnaires ou le dépassement de l'objet social fixé par les statuts (4). Il en est également ainsi du dépassement d'une clause limitative des pouvoirs, insérée aux statuts, — et ce malgré l'inopposabilité de telles clauses aux tiers (5).

Cette énumération n'a que valeur normative : elle ne comprend pas toutes les infractions possibles ; il ne saurait d'ailleurs être question de les recenser toutes.

La même démarche se vérifie dans le cadre des rapports des administrateurs avec les tiers, — qu'il s'agisse d'actionnaires, ou de véritables tiers.

(1) Cl. BERR, *op. cit.*, p. 343, n° 586.

(2) Cl. BERR, *op. cit.*

(3) Paris, 6 févr. 1896, *Journ. soc.*, 1896, p. 343.

(4) Art. 98, L. 24 juill. 1966.

(5) Voir not. Cass. com., 26 nov. 1956, *Bull. civ.* III, n° 304, p. 263 ;

§ 2. — La protection des actionnaires et des tiers

224. Il faut rappeler ici que, quelle que soit la conception utilisée, théorie contractuelle du mandat, ou technique légale impérative, les actionnaires ne sont jamais liés aux administrateurs par une convention : s'il y a mandat, ils ne sont pas les mandants. Ils sont juridiquement dans la même situation que des créanciers sociaux, qualifiés plus haut de véritables tiers.

Dès lors, les relations entre tiers et dirigeants sociaux ne peuvent jamais être le prolongement d'un contrat. Tout au plus, y aura-t-il une responsabilité encourue par les dirigeants à l'égard des tiers, sur le fondement de la loi ou des statuts : le fait que les créanciers sociaux, par exemple, puissent se prévaloir de la violation des statuts démontre bien que nous sommes dans l'hypothèse d'une responsabilité légale.

Parmi les hypothèses envisageables, les plus courantes, déjà consacrées par la jurisprudence ont trait aux règles de publicité, à la protection du capital social, et aux documents sociaux.

En ce qui concerne les règles de publicité, elles relèvent plutôt de l'examen de la période constitutive de la société : elles ont été examinées à l'occasion des fautes antérieures à toute opération de gestion (1).

La protection du capital, et l'information des actionnaires retiendront ici davantage l'attention.

a) La protection du capital.

Méritent particulièrement l'attention le rachat par la société de ses propres actions, et la distribution de dividendes.

1° Le rachat par la société de ses propres actions :

225. Il faut préalablement observer que l'expression même de rachat ne fait pas l'unanimité de la doctrine : certains auteurs, estimant que l'émission ne pouvait être assimilée à une vente (2), et qu'il ne pouvait donc y avoir rachat.

Quoi qu'il en soit, et avant de préjuger de la terminologie adoptée, il faut définir l'opération. Pour Ripert, il s'agit d'une conséquence de l'idée de propriété des actions : la société devenant propriétaire de ses propres actions, le revend ou les conserve à des fins spéculatives.

(1) Voir *supra*, n° 176 et s.

(2) RIPERT et ROBLLOT, 6^e éd., n° 1154, p. 593 ; voir à ce sujet notamment la thèse de Mme VEAUX-FOURNERIE (Rennes, 1953), *L'acquisition de ses propres actions ou parts sociales par la société émettrice* ; MOULIN, *Le rachat par une société de ses propres titres*, Paris, 1931 ; LAGARDE, *Du rachat de ses titres par une société*, Publications de l'A.N.S.A., 1955.

En considérant l'action comme un droit de créance sur la société, certaines décisions avaient vu l'application pure et simple d'un cas de confusion prévu par l'article 1300 du Code civil. Elles en déduisaient que l'acquisition par la société émettrice des actions avait pour but de les éteindre (1).

A l'inverse, d'autres décisions avaient admis la survie des actions, en frappant leur « propriétaire », — en l'occurrence la société émettrice — d'une sorte d'infirmité (2).

Cette thèse entraînait d'inextricables problèmes, et ne fut pas retenue (3). En tout état de cause, l'achat de ses propres actions par une société constitue une arme à double tranchant entre les mains des dirigeants sociaux : elle présente des dangers pour la société, ainsi que pour ses divers créanciers.

C'est ainsi qu'un rachat habilement effectué permet de relever artificiellement le cours des actions, — mais il risque d'entamer la fixité du capital social : il y aurait alors réduction indirecte, au mépris des règles de procédure imposées par la loi (4).

C'est le krach de la Bourse de Vienne, en 1869, qui avait révélé le côté périlleux de ce procédé. La jurisprudence avait élaboré un système d'autorisation restrictive : le rachat était permis, à la condition qu'il n'aboutisse pas à une réduction dissimulée du capital. L'opération régulièrement réalisée, avec annulation des actions rachetées était validée (5).

De la même façon, la jurisprudence validait l'opération, avec survie des titres, lorsqu'elle était réalisée au moyen de prélèvements sur les réserves ou les bénéfices (6).

(1) Paris, 19 févr. 1885, D., 1885.2.181 ; 4 janv. 1887, D., 1887.2.73. Voir note D. B. au *J.C.P.*, 1952.II.7216, sous Le Havre, 15 févr. 1952.

(2) Ce terme désigne une incapacité de jouissance des droits attachés aux titres.

(3) Les simples complications entraînées par cette situation quant aux règles de quorum des assemblées, ou de majorité, attirèrent la réticence des tribunaux. Les décisions admettant la survie prenaient des précautions pour éviter les excès : Civ., 12 nov. 1946, D., 1948.J.345, et la note Percerou ; Cass. com., 9 juill. 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.2.331. Les tribunaux français rejoignaient ainsi les législations étrangères, et particulièrement européennes : voir VAN WYNEN-DAELE et WOUTERS, *Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1961, « France », p. 25, n° 38.

La sous-commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, dans sa séance du 31 mars 1950 reprenant à son compte les travaux de l'article 33 du projet de l'A.N.S.A. (*T.C.R.*, vol. II, p. 283 à 287) avait décidé que cette acquisition n'était possible que si elle ne portait pas atteinte au principe de l'égalité des actionnaires et respectait les conditions requises par la loi pour la réduction du capital social.

(4) ESCARRA et RAULT, t. III, 1955, n°s 1366 et s., p. 338 et s. Voir sur tous ces problèmes la thèse de Mme Veaux-Fournerie, précitée.

(5) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5^e éd., t. II, 2^e partie, p. 458 et s.

(6) VEAUX-FOURNERIE, *op. cit.*, p. 73 et s., n°s 66 et s. Cet auteur cite d'ailleurs la doctrine antérieure de manière très complète. Citons encore à propos des réserves l'opinion de LYON-CAEN et RENAULT (*op. cit.*, n° 883), selon laquelle seules les réserves facultatives peuvent servir l'opération de rachat.

226. A l'exception des cas ainsi énumérés, le rachat, l'achat, l'acquisition par la société de ses propres titres sont entachés d'irrégularité, — et générateurs de responsabilité à l'encontre des dirigeants sociaux.

Cette responsabilité, encourue pour violation des dispositions des statuts d'abord, de la loi désormais, peut obliger les dirigeants à réparer le préjudice subi par un actionnaire vendeur de bonne foi, ou plus couramment, le simple trouble subi par la société (1).

C'est pourquoi la loi du 24 juillet 1966, complétée en cela par le décret du 23 mars 1967 a désormais expressément interdit « l'achat de ses propres actions par une société » (2). La nouvelle législation a apporté des tempéraments à ce principe en reprenant les règles classiques, mais également en innovant dans le cadre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise.

C'est donc une autorisation délivrée par l'assemblée générale au directoire ou au conseil d'administration, qui précise (3) le nombre déterminé d'actions à acquérir, et qui enjoint également à l'organe de direction d'annuler les titres.

Le décret 67-236 du 23 mars 1967 rappelle qu'en pareille hypothèse, l'offre d'achat des titres doit être formulée au profit de tous les actionnaires, par l'intermédiaire d'un avis inséré dans un journal local d'annonces légales (4).

Afin d'éviter que soient favorisés certains actionnaires particulièrement bien informés, le texte prévoit que si les actions présentées à l'achat excèdent le nombre d'actions à racheter, il est procédé pour chaque actionnaire vendeur à une réduction proportionnelle au nombre d'actions dont il justifie être propriétaire ou titulaire (5). Enfin, ce texte prévoit de manière impérative que ces actions, « achetées en vue d'une réduction du capital social » (6) doivent être annulées un mois au plus tard après l'achat (7), ou l'expiration du délai de l'offre (8).

D'autre part, il a été dérogé à l'interdiction par la société d'acquérir ses propres titres, par l'ordonnance 67-695 du 17 août 1967 (article 1^{er}) applicable aux sociétés faisant participer leurs salariés

(1) ESCARRA et RAULT, n^{os} 1366 et s. ; LACOUR et BOUTERON, t. I, 1925, p. 467 et s., n^o 632 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, p. 473, n^{os} 404 et s. ; Toulouse, 14 juin 1887, *Journ. soc.*, 1888, p. 108 ; VEAUX-FOURNERIE, *op. cit.*, p. 258, n^o 210 : analyse du trouble social, dans le fait notamment « que l'exploitation ait été rendue plus difficile, ou même pratiquement impossible ... soit que le prestige de la société ait été gravement atteint, et ses affaires réduites à néant ».

(2) Art. 217, al. 1^{er}.

(3) Art. 217, al. 2.

(4) Décr. 23 mars 1967, art. 182. Si la société fait appel publiquement à l'épargne, une publicité au *Bulletin des annonces légales obligatoire* s'impose également.

(5) Décr. 23 mars 1967, art. 183.

(6) Ce membre de phrase a été ajouté à l'article 185 du décret par l'article 14 du décret n^o 68-25 du 2 janvier 1968.

(7) Art. 184, décr. 23 mars 1967.

(8) Art. 182.

aux fruits de l'expansion de l'entreprise, en vue de les attribuer, et à la condition que ces actions soient inscrites à la cote officielle des bourses de valeur (1).

Il s'agit encore de dispositions légales, dont la violation peut être invoquée par tout intéressé, et génératrices de responsabilité à l'encontre des dirigeants sociaux (2).

La protection du capital social, et les obligations qui en résultent pour les dirigeants, se manifestent dans le droit positif avec le problème de la distribution des dividendes.

2° L'affectation des bénéfices.

227. L'obligation qui incombe aux dirigeants sociaux de distribuer des dividendes n'est qu'un des aspects multiples de leur comportement en présence de la réalisation de bénéfices commerciaux. Ces bénéfices d'exploitation pouvant donner lieu, suivant le cas, soit à leur mise en réserve, facultative ou légale — voire encore les deux —, soit à la réalisation d'amortissements nécessaires (3), préalablement à toute distribution de bénéfices.

Or, justement, la société anonyme — comme toute société de capitaux, est « créée pour la satisfaction d'intérêts privés, elle doit nécessairement rechercher la réalisation de bénéfices en vue de leur partage » (4).

C'est dire que le législateur a dû inciter les dirigeants sociaux à ne pas céder à la démagogie, en leur interdisant de distribuer des dividendes fictifs. Il ne s'agit point ici d'envisager l'aspect pénal de la question : seule nous retiendra la responsabilité civile des dirigeants de ce chef. Celle-ci se manifeste à l'occasion de toute distribution anormale aux actionnaires d'une rémunération. Ainsi, la loi du 24 juillet 1966 a, par son article 348 réputée non écrite la clause d'intérêts fixes, — aux termes de laquelle, même en l'absence de bénéfices, ou de réserves facultatives, la société verse un intérêt à l'actionnaire.

Cette prohibition est édictée pour la protection de l'intangibilité du capital social et donc des créanciers sociaux. Dès lors, les administrateurs qui ont laissé distribuer, sans tenter d'empêcher

(1) Article 217-1 de la loi du 24 juillet 1966 : ce texte a été complété par l'ordonnance n° 67-836 du 28 septembre 1967, article 6 ajoutant un article 217-2 et un article 217-3 et 4 à la loi du 24 juillet 1966.

(2) GUYON, *op. cit.*, Fasc. 32, nos 41 et 42. Voir encore D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 126 et s. et 216 (en ce qui concerne le rachat des actions, sous l'angle de la protection des minoritaires).

(3) Voir sur ce sujet : M. LACOMBE, *Les réserves dans les sociétés par actions*, thèse de Nancy, 1961, et Adrien POUTE DE PEYBAUDET, *Les ayants droit aux réserves dans les sociétés anonymes*, thèse de Paris, 1958.

(4) D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 54 (rappel de l'article 1832 du Code civil).

l'insertion dans les statuts d'une telle clause, de tels intérêts en-courent une responsabilité (1).

De même, si la distribution de dividendes fictifs représente un délit pour le gérant de société à responsabilité limitée, et les administrateurs de sociétés anonymes (2), elle engendre également à leur encontre une responsabilité civile, fondée sur une violation de la loi. On objectera certes que c'est l'assemblée générale qui prend la décision de distribuer des dividendes (3). C'est pourquoi la notion de faute est ici indispensable : il faut que les dirigeants sociaux aient rendu possible, ou aient facilité, cette distribution par négligence ou mauvaise foi (4).

Une brève incursion dans le domaine du droit de la répression en témoigne : le délit n'existe que s'il y a effectivement distribution (5). Il n'est donc pas constitué après la décision de répartition prise par l'assemblée générale sur proposition des administrateurs (6).

La responsabilité des administrateurs sera plus étendue en matière civile qu'en matière pénale : la simple proposition faite à l'assemblée de voter la distribution est permise par une dissimulation de la situation comptable de la société. Il y a dividende fictif dès que le bilan a été établi pour faire apparaître un bénéfice qui n'existe pas (7).

Mais c'est déjà quitter le domaine de la protection du capital social, pour aborder celui de l'information des actionnaires et des tiers.

b) L'information des actionnaires.

228. Selon une opinion couramment répandue, le législateur de 1966 a aggravé la responsabilité des dirigeants sociaux. Ce n'est

(1) Le législateur a placé ces dispositions dans son chapitre VI, commun aux diverses sociétés commerciales dotées de la personnalité morale, — durcissant notamment le régime antérieur en matière de société à responsabilité limitée, édictée par l'article 34 de la loi du 7 mars 1925.

(2) Art. 425-2° et 437-1, L. 24 juill. 1966.

(3) Voir GIVERDON, V° *Administration*, in *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, Dalloz, t. III, n° 218 et s. ; HOMMEX, *La responsabilité personnelle des administrateurs dans la gestion des sociétés anonymes*, thèse Paris, 1936, p. 125 ; note Cordonnier, sous Cass. crim., 11 juill. 1930, D., 1932.1.145 ; note Tchernoff, sous Cass. crim., 22 janv. 1937, D., 1937.1.71 ; RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 2° éd., t. IV, p. 417 et s. ; MOREAU, « La Société anonyme », *Traité pratique*, t. I, p. 103.

(4) GUYON, *op. cit.*, n° 43. De surcroît, la loi n° 69-12 du 6 janvier 1969, par son article 15, a ajouté à la loi du 24 juillet 1966 un article 347-1, aux termes duquel « les modalités de mise en paiement des dividendes votés par l'assemblée générale seront fixées par elle, ou, à défaut par le Conseil d'administration, le directoire, ou les gérants, selon le cas ». Ce texte accroît les prérogatives, donc les responsabilités des organes de gestion et d'administration.

(5) Trib. corr. Seine, 20 déc. 1933, *Journ. soc.*, 1935.375.

(6) RIPERT et ROBLLOT, n° 1523, p. 762.

(7) RIPERT et ROBLLOT, n° 1523 et s., p. 762.

que partiellement vrai. Les conséquences de la responsabilité n'ont pas été modifiées.

La source d'aggravation de la responsabilité réside plutôt dans l'accroissement du nombre d'obligations légales mises à la charge des représentants de la société.

L'information des actionnaires, ou des associés de la société à responsabilité limitée, en est un exemple très net. L'ensemble de la doctrine distingue traditionnellement les mesures d'information de caractère permanent et celles particulières aux périodes d'activité des assemblées.

La diffusion des documents sociaux, et leur qualité vont créer une charge supplémentaire pour les dirigeants.

Cette obligation d'information mérite une attention toute particulière, car elle empêche le maître de l'affaire, dans les sociétés de façade, d'exploiter sans risques le défaut d'*affectio societatis* de ses associés.

De telles garanties sont assurées objectivement à tout membre du groupement afin que la maître de l'affaire encoure à tout moment la menace de la surveillance d'un minoritaire de complaisance. Le pouvoir de dissuasion de l'information est redoutable : il explique que la responsabilité des dirigeants sociaux y trouve un terrain de prédilection.

L'aspect contraignant de ces règles va croissant : la responsabilité qui en découle également.

La mise en œuvre d'une information cohérente était « l'un des pivots de la réforme » (1). Pour cela, il fallait qu'elle « colle » à la vie sociale : qu'elle recouvre la gestion courante ou les événements exceptionnels. C'est pourquoi l'ensemble de la doctrine distingue l'information permanente, qu'elle oppose à l'information périodique (2).

Au sein de cette distinction, Roblot opère à son tour une subdivision : en ce qui concerne les informations périodiques, il oppose celles qui doivent être tenues à la disposition de l'actionnaire avant les assemblées, — et celles qui peuvent être adressées à chacun sur sa demande (3).

Il résulte de ces analyses que dans l'ensemble c'est un critère de participation aux assemblées qui s'oppose à un critère de contrôle de la vie sociale.

1° L'information de participation.

Il s'agit de l'information préalable au vote dans les assemblées. Elle sous-entend un désir de se renseigner, avant de prendre une

(1) HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *La réforme des sociétés commerciales*, Dalloz, 1967, p. 117.

(2) *Loc. cit.*

(3) ROBLOT (RIPERT et ROBLOT), 6^e éd., 1968, nos 1207 et 1208, p. 615 et 616.

décision. Il serait possible de qualifier ces mesures d'information d'accessoires ; elles accompagnent une opération isolée : le vote.

Dans cette conception l'actionnaire a tantôt un rôle actif, tantôt un rôle passif.

Nous qualifierons de rôle passif celui qui consiste à prendre simplement connaissance des documents — et plus encore celui qui consiste à s'abstenir de le faire.

En revanche, sera considéré comme actif le comportement tendant à modifier l'ordre du jour de l'assemblée, par la demande d'insertion d'un projet de résolution.

α) Le rôle passif de l'actionnaire.

229. Il appartient à la société, c'est-à-dire à ses organes d'adresser, sur demande, aux actionnaires, les documents suivants :

— Des renseignements sur les dirigeants en fonctions, ainsi que sur les candidats aux postes de direction lorsqu'il doit en être désigné (1).

— Renseignements afférents au texte des projets de résolutions présentés par le conseil d'administration ou le directoire.

— Les documents devant être soumis à l'assemblée : rapport du conseil d'administration, ou du directoire, accompagné éventuellement, des observations du conseil de surveillance, les comptes : exploitation, perte et profits, bilan, rapport spécial prévu à l'article 103 (2) de la loi du 24 juillet 1966, ainsi que le tableau des résultats financiers depuis les cinq dernières années (3).

Les actionnaires, porteurs de titres nominatifs, peuvent par la même demande, formuler une demande permanente en ce sens pour les assemblées ultérieures (4).

Ce régime nouveau démontre l'étendue de l'obligation d'informer : c'est un réseau de dispositions dans lequel rares seront les dirigeants à ne pas se prendre.

Ces mêmes dirigeants devront également laisser à la disposition des actionnaires, au siège social, dans les quinze jours au moins précédant l'assemblée, en communication ou en copie certains documents.

C'est ainsi que les actionnaires doivent pouvoir trouver au siège

(1) Article 135 du décret du 23 mars 1967. Il est d'ailleurs remarquable d'observer que le texte vise expressément : « leurs références *professionnelles* », et « leurs activités *professionnelles* » au cours des cinq dernières années. Ceci tend à prouver que de plus en plus, le législateur assimile les dirigeants sociaux à des professionnels. Il est en effet nécessaire de communiquer les noms des sociétés au sein desquelles ces dirigeants occuperaient des fonctions similaires.

(2) De même que l'article 145 de la même loi.

(3) Article 135 du décret du 23 mars 1967.

(4) Cette « innovation » (Roblot) résulte de l'article 138 du décret.

l'inventaire (1), le rapport annuel des commissaires aux comptes et le montant global des rémunérations versées aux dix personnes les mieux rémunérées (2) ainsi que la liste des actionnaires (3).

Les actionnaires, aux termes de l'article 144 du décret du 23 mars 1967, peuvent se faire assister dans l'ensemble des opérations d'information, par un expert inscrit sur les listes établies par les cours et tribunaux. Il apparaît difficile pour les dirigeants de conduire désormais à leur guise l'information des actionnaires.

L'actionnaire n'a déjà plus un rôle totalement passif : il a les moyens de participer à l'élaboration des décisions collectives. Il a en outre les moyens de jouer un rôle plus actif : influencer sur l'ordre du jour, et les décisions à intervenir.

β) L'intervention active de l'actionnaire.

230. L'actionnaire peut ensuite soumettre au vote de l'assemblée des projets de résolutions. Il peut donc tenter de rallier un courant d'opinion autour de projets, — et c'est ce qui a conduit le législateur de 1966 à faciliter la tâche à cet actionnaire, en alourdissant celle des dirigeants de la société.

L'article 160, alinéa 2, permet à un ou plusieurs actionnaires représentant au moins cinq pour cent du capital de requérir l'inscription à l'ordre du jour des projets de résolution ne concernant pas la présentation des candidats au conseil d'administration, ou au conseil de surveillance.

Devant les difficultés techniques que ne manqueront pas d'engendrer les modalités d'application, la doctrine a prédit des « distorsions » (4).

La responsabilité des dirigeants trouve un vaste champ d'application : à la bonne gestion, viennent s'adjoindre des notions politiques tendant au respect d'une démocratie balbutiante.

(1) C'est le seul document dont copie ne peut être prise, alors que l'article 139 du décret, alinéa 3, décide que le droit de prendre connaissance emporte le droit de prendre copie.

(2) Ou des 5 personnes les mieux rémunérées si la société emploie moins de 200 personnes (art. 168-4° de la loi).

(3) La Cour de Paris avait par une interprétation restrictive des textes antérieurs aux nouvelles dispositions refusé, par un arrêt du 8 janvier 1945 (D., 1945.J.231) aux actionnaires le droit de prendre copie de la liste des actionnaires. Ceci permet de mieux comprendre le surcroît d'obligations imposé aux dirigeants sociaux.

Sur ces problèmes : Dominique SCHMIDT, *op. cit.*, p. 93 et s., n°s 131 bis et s.

(4) L'article 168-3° du même texte prévoit que « le texte et les motifs des résolutions proposées » doivent pouvoir être communiqués à l'actionnaire le désirant. Les articles 128, 129, 130 et 135 du décret du 23 mars 1967 ont complété le système du dépôt du projet de résolution.

Voir HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, p. 105 et s., et D. SCHMIDT, p. 93 et s., pour l'examen des divers freins opposés par le texte lui-même à l'action des minoritaires : calcul des délais, contradictions de la loi et du décret, etc... Il est probable que la responsabilité des dirigeants sociaux s'en ressentira.

Même la technicité risque d'être dépassée devant ces innovations de type constitutionnel : chaque difficulté recèlera un piège pour les représentants légaux, car toute faute, même légère, sera sanctionnable (1).

2° L'information de contrôle.

231. Elle concerne des documents qui doivent être mis à la disposition des actionnaires de manière permanente, et surtout après les grandes décisions de la vie sociale. On distingue à cet effet selon que les actions de la société sont ou non cotées en Bourse. Face à un régime d'information permanente du droit commun, les sociétés cotées sont soumises à une série de communications spéciales.

α) L'information permanente.

Aux termes de l'article 170 de la loi du 24 juillet 1966, et de l'article 142 du Décret du 23 mars 1967, il est donné à tout actionnaire la possibilité de prendre connaissance, — tant par lui-même que par mandataire habilité au siège de la société (2) des documents sociaux afférents aux trois derniers exercices, ainsi que les feuilles de présence, et les procès verbaux des assemblées. La loi nouvelle consacre la jurisprudence de la Cour suprême qui avait imposé cette communication (3).

L'intervention possible d'un expert, inscrit sur les listes dressées par les cours et tribunaux confère à ces communications un caractère de sérieux qui alourdit de manière considérable la charge des dirigeants sociaux, les exposant à une surveillance accrue.

β) L'information *a posteriori* des porteurs de titres cotés.

Il est ici distingué en vertu d'un critère quantitatif, entre les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote officielle d'une bourse de valeurs dont le bilan dépasse ou non dix millions de francs.

Certes, l'article 293 du Décret du 23 mars 1967 oblige « toute société par actions », et partant tous dirigeants de telles sociétés à déposer au greffe du tribunal de commerce, dans le mois suivant leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires, le bilan — quel que soit le montant qu'il atteigne —, le compte de pertes et profits, et le compte d'exploitation générale de l'exercice écoulé (4).

(1) La jurisprudence a toujours sanctionné l'inexactitude, le retard, ou l'insuffisance des communications obligatoires : Paris, 6 févr. 1896, *Journ. soc.*, 1896.343 ; Cass. com., 14 déc. 1960, *Bull. civ.* III, n° 415, p. 377 ; note Dalsace, au D., 1961.J, p. 402 ; Cass. com., 17 mai 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14647, note J. R. ; Voir aussi GUYON, *Juris-Classeur des sociétés*, Fasc. 32, nos 38 et 39.

(2) L'article 142 du décret, et l'article 445-4° de la loi prévoient également le lieu de la « direction administrative ».

(3) Cass. crim., 4 juin 1941, D.C., 1943, note Lepargneur ; Cass. civ., 15 nov. 1957, D., 1958.109, note Dalsace.

(4) On s'accorde à voir dans cette mesure « une pierre importante à la construction » mise en place en matière de publicité et d'information. Voir HÉMAR, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, p. 245.

Si le bilan excède dix millions de francs, la société, par ses représentants légaux, doit publier au *Bulletin des Annonces légales obligatoires*, dans les 45 jours (1) qui suivent l'approbation du bilan et des comptes par l'assemblée des actionnaires les documents sociaux visés à l'article 1^{er} du Décret n° 65-968 du 28 octobre 1965 (2).

L'article 295 du Décret du 23 mars 1967 décide que l'évaluation des titres détenus en portefeuille peut être faite assez librement par les dirigeants sociaux. Mais la liberté aura pour corollaire la responsabilité.

Enfin, une série d'obligations apparaît, que révèle la lecture des articles 296, 298 et 299 du décret. Il en résulte que la nécessité de l'information des actionnaires risque d'être sous le nouveau régime législatif une source importante de responsabilité des administrateurs, ou autres directeurs généraux (3).

Il en est de même si le bilan ne dépasse pas dix millions de francs. Néanmoins, à une entité économique moins importante, il fallait un régime moins pesant.

La publicité dans le *Bulletin officiel des annonces légales* est supprimée, — subsiste en revanche le dépôt au Greffe du tribunal de commerce. De surcroît, il est loisible à tout actionnaire de demander dans un délai de quinze jours, le bilan approuvé, le compte de pertes et profits, le compte d'exploitation générale, et l'inventaire des valeurs mobilières détenues en portefeuille (4).

Les obligations s'alourdissent donc, mais en outre, elles ont des conséquences plus graves : la carence des dirigeants en matière de communication préalables permettra éventuellement l'annulation de l'assemblée des actionnaires (5).

On sait quelles responsabilités seront encourues en pareille hypothèse ! C'est pourquoi la notion d'information présente une telle importance. L'obligation d'informer s'est multipliée, alourdie ; pour le plus grand bien des actionnaires, et de la conception que nous défendons.

(1) Il faut remarquer ici que le délai est allongé par rapport au droit antérieur, consacré par le décret du 29 novembre 1965 (D., 1966.L, p. 89, commentaires Dalsace), qui était de un mois. Cet allongement n'est nullement dicté par le souci de faciliter la tâche des administrateurs : il résulte simplement d'un alignement sur les dispositions pénales édictées par l'article 484-2° et 3° de la loi du 24 juillet 1966.

(2) En l'occurrence : bilan, compte d'exploitation générale de l'exercice écoulé (dont les caractéristiques sont énumérées par l'article 294-2° du décret), compte de pertes et profits de l'exercice faisant apparaître le montant de l'impôt sur les sociétés y afférent, — et enfin l'inventaire des valeurs mobilières détenues en portefeuille.

(3) Art. 295 du décret.

(4) Art. 297 du décret. Voir à ce sujet : ROBLOT, p. 618, n° 1210-3°.

(5) Il s'agit de l'article 173, alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, qui consacre une jurisprudence déjà admise : Cass. civ., 11 mars 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.838 ; Pau, 7 oct. 1959, D., 1960.J.249, et la note Dalsace.

C'est ici le domaine du droit objectif, où l'infraction est facile à cerner, ou la faute peut aisément être dénoncée.

La raison en est une légalisation extrême de la matière. La norme impérative s'y fait envahissante, pour une plus grande élimination des techniques contractuelles, — et du mandat en particulier.

Le rappel au mandat a ici quelque chose de singulièrement périmé... Mais n'est-ce pas l'effet d'une auto-suggestion ? Était-il suffisant de jeter le doute ? si oui, nous espérons l'avoir fait avec assez de force. Si non, il reste à espérer que les propositions formulées pour un système unitaire trouvent prochainement un écho.

CONCLUSION GÉNÉRALE

232. Il n'est point suffisant de dénoncer la fragilité des structures anciennes, ou existantes : il faut encore fournir des jalons à une évolution inéluctable.

Et pour cela, il faut revenir sur la notion de responsabilité des dirigeants sociaux. Le grief qui lui a été fait a été son caractère vague, incertain, mais surtout son caractère illusoire et subsidiaire.

Illusoire, parce qu'elle consacre une politique de « terre brûlée » : lorsque la responsabilité est prononcée en l'état actuel, il est souvent trop tard pour la société. Elle ne trouve (lorsqu'elle y arrive !) qu'un administrateur insolvable, — ou dont la fortune est rarement proportionnée à l'étendue du dommage, — lui-même appréciable en comparaison d'énormes puissances financières.

Subsidiaire, parce que les tiers préféreront avoir comme débiteur la société elle-même, — tandis que la société préférera, quant à elle, une arme préventive comme la révocation, à l'action en responsabilité qualifiée déjà d'illusoire.

Alors, les remèdes ont été ébauchés par la nouvelle législation : ils consistent dans une « fonctionnalisation » du rôle de l'administrateur, et une politique de « la maison de verre », pour reprendre l'expression de M. Guyon.

La « fonctionnalisation » ne sera possible que lorsque la jurisprudence cessera d'invoquer à tout moment le mandat, le bon père de famille, et d'autres notions incompatibles avec une conception professionnelle.

Parce que le législateur n'ose pas imposer un statut professionnel aux dirigeants sociaux, fondé sur technicité et compétence, il est contraint de multiplier les sanctions pénales. Est-ce forcément la solution ?

Un grand progrès a été fait avec la mise au grand jour des résultats de la gestion : l'information a fait un bond en avant qui ne peut qu'être profitable à l'épargne, et en fin de compte aux sociétés commerciales elles-mêmes. Il ne fallait pas s'arrêter en route, et limiter — encore que ce soit déjà considérable — la réforme statutaire à l'âge.

Dans une matière à principes, il ne faut plus en être réduit à collecter les indices, ou les déclarations d'intention. C'est pour cela que nous avons fait un inventaire des fautes possibles que tout diri-

geant risque de rencontrer sur sa route. Informer un sujet de droit qu'il devra se comporter comme un bon mandataire ne lui est d'aucune utilité. Dénoncer par anticipation les diverses infractions civiles qu'il risque de commettre nous a semblé plus efficace.

Alors pourra être élaboré un système de responsabilité comparable à celui des fonctionnaires du secteur public. Alors la distinction entre la faute de gestion, classiquement qualifiée de contractuelle, mais invocable par chacun, — et la violation de la loi ou des statuts laissera la place à une construction que notre droit positif n'a jamais accueillie : la distinction entre la faute de service et la faute détachable des fonctions (1).

En raison de la subsidiarité de la responsabilité des dirigeants sociaux, on se trouve actuellement, en droit des sociétés pratiquement au même niveau que la jurisprudence administrative antérieure à 1924 (arrêt *Poursines*) (2) qui consacrait une irresponsabilité du fonctionnaire envers l'Etat.

Y ont aidé les techniques contractuelles, et la confusion sur la nature de la responsabilité.

Doit être promue une responsabilité légale, générale, à raison d'infractions précises — et fondée sur la notion de faute — que pourraient invoquer toutes personnes ayant subi un préjudice, conformément aux règles du droit commun.

Il ne faudra cependant pas oublier que le dirigeant social est appelé à devenir un professionnel, bénéficiant d'un statut et de garanties, — parce qu'il aura d'abord satisfait à des conditions de recrutement et de qualification.

Est-ce une utopie ? l'amoncellement de textes législatifs ou réglementaires laisse penser au contraire qu'il s'agit d'une réalité en marche. Jamais le droit des sociétés n'a été aussi près de se « réformer » réellement.

(1) Cass. com., 28 nov. 1961, *J.C.P.*, 1962.II.12504, note J. R. sur la notion de faute de service appliquée au droit des sociétés.

(2) C.E., 28 mars 1924, *Rec.*, 357 ; *Grands arrêts de la Jurisprudence administrative*, p. 185.

BIBLIOGRAPHIE DES OUVRAGES CITÉS

I. — TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 6^e éd., par BARTIN et ESMEIN.
ARTHUYS. — *Traité des sociétés commerciales*.
BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL. — *Droit civil*, 3^e éd., V^o Mandat.
BURDEAU (G.). — *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., 12^e éd.
CHAMBAZ et LEBLOND. — *Précis des sociétés*.
COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 11^e éd., par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1952.
COPPER-ROYER (J.). — *Traité des sociétés anonymes*, 4^e éd., Paris, 1931-1932, 5 vol.
DALSACE (A.) et (C.) et BERNARD. — *Manuel des sociétés anonymes*, 4^e éd., Paris, 1967.
DEMOGUE (R.). — *Traité des obligations en général*, 7 vol., Paris, 1923, t. I.
DELOISON. — *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. II Paris, 1882.
DIDIER (Paul). — *Droit commercial*, « Thémis », Paris, 1970.
DIDIER (Paul). — *Les sociétés commerciales*, « Que sais-je », 1966.
DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*, t. I.
DUVERGER (M.). — *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, 1960.
ESCARRA (J.). — *Cours de droit commercial*, Sirey, 1951.
ESCARRA (J.), ESCARRA (E.) et RAULT (J.). — *Les sociétés commerciales*, Sirey, 4 t., 1950 à 1959.
FLOUR (Jacques). — *Cours de droit civil*, II^e année.
GAIN et DELAISI. — *Guide formulaire des sociétés commerciales*, 6^e éd., Librairies Techniques.
GOIRAND. — *Traité des sociétés par actions*, t. V.
HAMEL et LAGARDE. — *Traité de droit commercial*, t. I, Dalloz, 1954.
HAURIOU (M.). — *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, 3^e éd.
HÉMARD, TERRÉ et MABILAT. — *Traité des sociétés commerciales*, Paris, 1972.
HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7^e éd., Paris, Sirey, 1935.
HOVIN et RODIÈRE. — *Droit commercial*, 1^{re} année, 4^e éd., 1970, Sirey.
JOLY (André). — *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes et en commandite par actions*.
Juris-Classeurs des sociétés anonymes.
LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, Paris, 1921.

- LAROMBIÈRE. — *Traité théorique et pratique des obligations*.
- LYON-CAEN et RENAULT, avec la collaboration de AMIAUD. — *Traité de droit commercial*, 5^e éd., Paris, 1926, 2 vol.
- MAZEAUD (H. L. J.). — *Leçons de droit civil*, t. II et III.
- MAZEAUD et TUNC. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5^e éd., t. I, 1957.
- MARTY et RAYNAUD. — *Droit civil*, t. I, 2^e éd., 2^e vol.
- MOREAU (A.). — *La société anonyme. Traité pratique*, 2^e éd., Paris, 1955.
- PIC. — *Des sociétés commerciales*, Paris, 1925.
- PLANIOU et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil*, t. VI, par ESMEIN, t. VII, par RADOUANT.
- PIROVANO (A.). — *Cours de droit commercial*, Licence III, année 1968-1969 et 1970-1971.
- PONT. — *Sociétés*, t. II.
- RIPERT (G.). — *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e année, Paris, 1959.
- RIPERT, DURAND et ROBLOT. — *Traité de droit commercial*, 6^e éd., 1968.
- RIPERT et BOULANGER. — *Traité de droit civil*, t. II.
- RODIÈRE. — *La responsabilité civile*.
- RODIÈRE et HOUIN. — *Précis de droit commercial*, t. I, Paris, 1968.
- ROUSSEAU (H.). — *Traité des sociétés à responsabilité limitée. Régime juridique et fiscal*, Paris, 1952.
- SOLUS et PERROT. — *Droit judiciaire privé*, t. I.
- THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., Rousseau, 1931.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1925, 7^e éd.
- VAVASSEUR. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 6^e éd., Paris, 1910, t. 2.
- WALINE. — *Traité de droit administratif*, 6^e éd., Paris, 1950.

II. — THÈSES, OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES

- ALAUZET. — *Commentaire des lois sur les sociétés civiles et commerciales*, t. I.
- ALLIOT (Renée). — *Faillite*, œuvre collective dirigée par M. RODIÈRE, Dalloz, 1970.
- AMIAUD. — « L'évolution du droit des sociétés par actions », in *Etudes Ripert*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1950.
- BARBRY. — *Le régime actuel de l'administration des sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1943.
- BASTIAN (D.). — *Etudes de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, 1969, p. 26.
- BEDARRIDE. — *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, t. I.
- BENOIT. — *La personnalité morale*, thèse, Rennes, 1943.
- BERR (Claude). — *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, 1961, Bibliothèque de droit commercial, t. 3.
- BIZOT-ESPIARD (G.). — *Etudes de l'article 40 de la loi de 1867*, thèse, Paris, 1945.
- BLOCH-LAINÉ (F.). — *Pour une réforme de l'entreprise*, Editions du Seuil, Paris, 1957.
- BOCCARA. — *L'administration provisoire des sociétés*, thèse dact., Paris, 1948.
- BONNECASE (J.). — *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*.
- BOSVIEUX. — *La loi nouvelle du 16 novembre 1940 sur l'administration et la direction des sociétés anonymes*, Paris, 1940.

- BOURCART. — *Organisation et pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions*, Paris, 1905.
- BUHLAROWSKI. — *La loi du 16 novembre 1940 relative aux sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1942.
- BUISSON. — *Les actions en justice dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1930.
- BURGARD (J.). — *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, L.G.D.J., Paris, 1968.
- BURNHAM (J.). — *L'ère des organisateurs*, Paris, 1947.
- CARBONNIER. — *Flexible Droit (Textes pour une sociologie du droit sans rigueur)*, Paris, L.G.D.J., 1969.
- CHAMPAUD (Claude). — *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, Bibliothèque de droit commercial, t. V.
- DALLANT (G.). — *La notion de préposé dans l'article 1984 du Code civil*, thèse, Poitiers, 1927.
- DEJEAN DE LA BATIE. — *Appréciation in concreto et appréciation in abstracto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965.
- DELUCA. — *La révocation au mandat professionnel*, thèse, Aix-en-Provence, 1965.
- DERRIDA (F.). — « La réforme du règlement judiciaire et de la faillite », *Defrénois*, 1969.
- DESPAX. — *L'entreprise et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1958.
- DETOEUF. — *Les propos de O. L. Barenton, confiseur*.
- DIDIER (Paul). — « Esquisse de la notion d'entreprise », in *Mélanges Voirin*.
- DJIAN. — *Contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun*, Paris, Sirey, 1965.
- DRUCKER (Peter). — *La grande mutation*, Les éditions d'organisation, Paris, 1970.
- DU GARREAU DE LA MECHENIE. — *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse, Poitiers, 1937.
- FASSIER. — *La responsabilité civile des administrateurs et la gestion de la Société anonyme*, thèse, Paris, 1943.
- GAILLARD. — *La Société anonyme de demain, la théorie institutionnelle, et le fonctionnement de la Société anonyme*, thèse, Paris, 1932.
- GALBRAITH (John Kenneth). — *Le nouvel état industriel*, Gallimard, Paris, 1968.
- GENY (M.). — *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, t. I.
- GINOSSAR (Simon). — *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, Paris, L.G.D.J., 1963.
- GIVERDON (Cl.). — *Le Mandat commercial*. *Encyclopédie Dalloz. Droit commercial*.
- *Administration*. *Encyclopédie Dalloz. Droit commercial et sociétés*, t. III.
- GORÉ. — *V^o Société anonyme*. *Encyclopédie Dalloz*, 1958, t. III.
- GOUGET (Charles). — *La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1943.
- GRANGER. — *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, Paris, 1950.
- GRANICK. — *Les entreprises européennes. Par qui et comment elles sont dirigées*.
- GUYON (Yves). — *L'administration. Responsabilité civile des administrateurs*. *Juris-Classeur des sociétés*, Fasc. 132.
- HAMIAUT. — *La réforme des sociétés commerciales*, 1966, 3 vol.
- HAURIOU. — « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906.

- HEURTEUX (Cl.). — *L'information des actionnaires et des épargnants*, Sirey, 1961, Bibliothèque de droit commercial, t. I.
- HIRSCH (A.). — *Les problèmes actuels du droit de la société anonyme*, thèse de Genève, 1965.
- HOMMEY. — *La responsabilité personnelle des administrateurs dans la gestion des sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1936.
- JAMES. — *Les formes d'entreprises*.
- JELLINEK. — *L'état moderne et son droit*.
- LACOMBE. — *Les réserves dans les sociétés par actions*, thèse, Nancy, 1961.
- LAGARDE. — *Travaux de la commission de réforme*, t. II.
- LALOU. — *Traité pratique de la responsabilité*, Dalloz, 3^e éd., 1943.
- LARUE. — *De la responsabilité des fondateurs, des administrateurs et des commissaires de surveillance de la Société anonyme*, thèse, Paris, 1883.
- LASSÈGUE. — *La réforme de l'entreprise*, thèse, Toulouse, 1948.
- LEBOULANGER. — *L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal*, thèse, Lyon, 1938.
- LÉGAL et BRÊTHE DE LA GRESSAYE. — *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938, Paris.
- MAINE (Sir Henry Sumner). — *L'ancien droit, considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*. Traduction J. C. COURCELLE SENEUIL, 1874.
- MARGOT-NOBLEMAIRE (R.). — *La nouvelle législation des sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1941.
- MICHOUD (L.). — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., 3^e éd., par L. TROTABAS, Paris, L.G.D.J., 1932.
- MILHAUD. — *L'information des actionnaires dans les sociétés anonymes en France*, thèse, Toulouse, 1959.
- MOULIN. — *Le rachat par une société de ses propres titres*, thèse, Paris, 1931.
- MOURET. — *Responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés*.
- NOIREL. — *La Société anonyme devant la jurisprudence moderne*, thèse, Nancy, 1958.
- PAILLUSSEAU (J.). — *La Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, 1967, Sirey.
- PERROUD (J.). — *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires*, thèse, Lyon, 1901.
- PERROUD (J.). — « La condition de l'actionnaire », *Etudes Ripert*, t. II, p. 320.
- PIEDELÈVRE (B.). — *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes après la loi du 24 juillet 1966*, Dunod, Paris, 1966.
- PIROVANO (A.). — *Faute civile, faute pénale*, Paris, 1966.
- POUTE DE PEYBAUDET (Adrien). — *Les ayants droit aux réserves dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1953.
- PROUDHON. — *Manuel du spéculateur à la Bourse*, Paris, 1876.
- RENARD (J. C.). — *La répartition des pouvoirs entre les organes de la Société anonyme*, thèse, Paris, 1958.
- RESTEAU. — *Traité des sociétés anonymes*, 1933.
- RIPERT (G.). — *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1948, L.G.D.J., Paris.
- RODIÈRE. — *La responsabilité civile*.
- ROUBIER. — *Les conflits de loi dans le temps*, 2 vol., 1929-1933, Sirey, Paris.
- SABEAU-JOUANNET. — *Le conseil d'administration considéré comme une entité*, thèse, Strasbourg, 1941.

- SCHMIDT (Dominique). — *Les droits de la minorité dans la Société anonyme*, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, 1970, Paris.
- SIMON. — *L'aspect institutionnel de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867*, thèse, Paris, 1944.
- SOLUS (H.). — *La réforme du droit des sociétés par le décret loi de 1935 et 1937*, Sirey, 1938, Paris.
- STARCK. — *Essai d'une théorie générale de la responsabilité*.
- VAN OMMESLAGHE. — *Le régime actuel des sociétés par actions, leur administration en droit comparé*, Bruxelles, 1960.
- VEAUX (Michel). — *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, Editions techniques, 1947, Paris.
- VEAUX-FOURNERIE. — *L'acquisition de ses propres actions ou parts sociales par la société émettrice*, thèse, Rennes, 1953.
- VERDIER (J. M.). — *Le droit pénal des sociétés anonymes. L'abus de mandat social*, 1955, L.G.D.J., Paris.
- VILLEMIN. — *Des actions sociales et individuelles dans les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes*, thèse, Nancy, 1899.
- YAMULKI (A.). — *La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes en droit comparé*, thèse, Genève, 1964.
- ZAQUIN (G.). — *L'indemnisation du mandataire révoqué en droit commercial*, thèse dact., Paris. 1970.

III. — ARTICLES, CHRONIQUES, ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- A.C. — Note sous Trib. com. Lille, 12 févr. 1944, D.C., 1944.J.137.
- ALFANDARI. — Note sous Cass. com., 11 déc. 1963, J.C.P., 1964.II.13873.
— *Répertoire Defrénois*, Cahier n° 3 du 15 févr. 1971, art. 29801, p. 182 et s.
- AUBERT (J. L.). — « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *Rev. trim. dr. com.*, 1968, p. 977.
- AUTESSERRE. — Chronique, Dalloz, 1964, IV.
— Chronique, Sirey, 1962, p. 38.
- AZARD. — « Commentaires sur le décret du 9 août 1953 », S., 1953, vol. 2, Législation, p. 1330.
- BADINTER. — « Les pouvoirs du président-directeur général de la Société anonyme de type classique après la réforme des sociétés commerciales », *Chron. D.*, 1969, p. 185.
- BARDOUL. — Chronique, Dalloz, 1964, p. 273.
- BASTIAN (Daniel). — Note sous Montpellier, 4 nov. 1940, J.C.P., 1942.II.1871.
— Note sous Paris, 12 avr. 1943, J.C.P., 1943.II.2534.
— Note sous Paris, 26 juin 1943, J.C.P., 1943.II.2407.
— Note sous Cass. com., 28 juin 1943, J.C.P., 1944.II.2516.
— Note sous Paris, 25 juin 1947, J.C.P., 1948.II.4110.
— Note sous Cass. civ., Sect. com., 10 mai 1948, J.C.P., 1949.II.4937.
— Note sous Lyon, 5 mars 1951, J.C.P., 1951.II.6562.
— Note sous Paris, 3^e Ch., 15 déc. 1952, J.C.P., 1953.II.8763.
— Note sous Civ., Sect. com., 3 mai 1954, J.C.P., 1954.II.8257.
- BASTIAN (D.). — Note sous Lyon, 1^{re} Ch., 7 nov. 1955, J.C.P., 1956.II.9170.
— Note sous Paris, 17 mai 1956, J.C.P., 1956.II.9658.
— Note sous Paris, 28 févr. 1959, J.C.P., 1959.II.11175.
— Note J.C.P., 1959.II.10987.
— Note J.C.P., 1960.II.11649.
— « La réforme du droit des sociétés commerciales », J.C.P., 1968.I.2183.

- BERMOND DE VAULX. — « L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes », *J.C.P.*, 1970.I.2366.
- BERNARD (N.). — Note sous Montpellier, 28 nov. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13596.
 — Note sous Paris, 1^{er} juill. 1966, *J.C.P.*, 1967.II.15033.
 — Note sous Cass. com., 17 oct. 1967, *J.C.P.*, 1968.15412.
 — Note sous Cass. com., 16 déc. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16367.
- BLAEVOET (Ch.). — Note sous Cass. civ., 17 juill. 1967, *Gaz. Pal.*, 1967.2.235.
- BOISTEL. — Note sous Lyon, 28 janv. 1890, D.P., 1890.2.33.
 — Note sous Angers, 19 mai 1891, S., 1892.2.81.
- BOITARD. — Note sous Paris, 26 juin 1943, S., 1944.2.69.
 — Obs. sous Paris, 12 mars 1966, *Rev. trim. dr. com.*, 1967, p. 913.
- BONASSIES (Pierre). — Note sous Trib. corr. Seine, 14 nov. 1958, D., 1959.J.568.
- BORRICAND (J.). — Note Dalloz, 1963, p. 465.
- BOSVIEUX. — *Journ. soc.*, 1943, p. 67 à 79.
- BOULOC (Bernard). — Note sous Cass. crim., 5 févr. 1970, *Rev. soc.*, 1970, p. 656.
- BOURCARD (G.). — « De la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle », in *Documents du Congrès juridique international des sociétés par actions*, Bruxelles, 1910.I.207.
 — Note S., 1921.2.257.
- BURGARD (J.). — « Fusions et management. Nécessités économiques et évolution du droit des sociétés », *Rev. soc.*, 1969, p. 12.
- CALAIS-AULOY. — Note sous Cass., 13 déc. 1962, D., 1963.J.270.
 — Note sous Cass., 30 nov. 1965, D., 1966.J.449.
- CHAMPAUD (Cl.). — « Contribution pour une nouvelle définition du droit économique », D., 1967, Chron. p. 215.
 — « Communication au colloque de Lille sur les sociétés de famille des 29 et 30 nov. 1967 », *Situation professionnelle des dirigeants de sociétés de famille*, p. 14 à 20.
 — Obs. *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 416 et s.
- CHESNE (Guy). — « L'exercice de l'action *ut sinduli* de l'action sociale dans la Société anonyme », *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 351.
- CONTIN (Raphael). — Note sous Paris, 22 mai 1965, D.S., 1966, p. 147.
- CHÉRON (A.). — Note sous Req., 3 avr. 1912, D.P., 1912.1.523.
 — Note sous Cass., 28 juill. 1925, D.P., 1926.J.17.
 — Note sous Cass. civ., 30 oct. 1928, D., 1930.1.
 — Note sous Cass. crim., 1^{er} mars 1945, D., 1946.J.293.
- CONTIN (R.) et PAILLUSSEAU (J.). — Note sous Rennes, 23 févr. 1968, *J.C.P.*, 1969.II.16122.
- COPPER-ROYER. — *Rev. spéc. soc.*, 1937, p. 722.
 — Note sous Cass. civ., 12 juill. 1955, D., 1956, p. 593.
- CORDONNIER (P.). — Note sous Cass., 7 janv. 1930, D., 1932.1.192.
 — Note sous Cass. crim., 11 juill. 1930, D.P., 1932.1.145.
 — « Les nouveaux délais concernant l'exercice de l'action en responsabilité des administrateurs », *Journ. soc.*, 1939, p. 257 et s.
- CORDONNIER (P.). — « Commentaire de la loi du 16 novembre 1940 », D., 1941.L.1.
- COZIAN (Maurice). — *Juriclasser commercial*, V^o *Règlement judiciaire et liquidation de biens. Généralités*, Fasc. A 10.
- DALSACE (A.). — « Du droit des actionnaires de participer à l'assemblée générale », *Gaz. Pal.*, 1938, Doctr. p. 69.
 — Note sous Trib. com. Seine, 17 janv. 1949, S., 1949.2.161.
 — Note sous Cass. com., 12 oct. 1955, *Rép. Commaille*, 1955.137.
 — Note sous Trib. com. Seine, 19 avr. 1956, D., 1956.J.622.
 — Note sous Cass. civ., 15 nov. 1957, D., 1958.J.109.

- Note sous Paris, 9 déc. 1958, D., 1959.J.141.
- Note sous Trib. com. Seine, 23 janv. 1959, D.1960.J.323.
- Note sous Pau, 7 oct. 1959, D., 1960.J.249.
- Note sous Cass. com., 27 oct. 1959, D., 1960.J.454.
- Note sous Paris, 24 oct. 1960, D., 1961.J.97.
- Note sous Cass. com., 14 déc. 1960, D., 1961.J.402.
- Note sous Trib. civ. Seine, 27 nov. 1962, D., 1963.J.730.
- D. B. — Note sous Cass. com., 16 janv. 1959, J.C.P., 1959.II.11294.
- Note sous Le Havre, 15 févr. 1952, J.C.P., 1952.II.7216.
- DECUGIS (H.). — « Action sociale et action individuelle », *Journ. soc.*, 1914, p. 337.
- Note sous Cass., 23 juill. 1931, *Journ. soc.*, 1933, p. 15.
- « Les modifications apportées au régime des sociétés par actions, par les articles 4 et suivants du décret-loi du 31 août 1937 », *Journ. soc.*, 1939, p. 177.
- DE JUGLART (M.). — Note J.C.P., 1964.II.13710.
- DELAISI. — « La contribution au passif social des dirigeants de sociétés », *Rev. Syndic et adm. jud.*, 1958.73.
- DEMOGUE (R.). — Note S., 1924.1.105.
- DERRIDA (F.). — *Répertoire Defrénois*, 1969, art. 29247, « La réforme de la faillite et du règlement judiciaire ».
- « De la solidarité commerciale », *Rev. trim. dr. com.*, 1953, p. 329.
- DE SOLA CANIZARES. — *R.I.D.C.*, 1953, p. 418.
- DIDIER (Paul). — « Esquisse de la notion d'entreprise », *Mélanges Voirin*, p. 209 et s.
- DROUIN. — *Le Monde*, 16 janv. 1969.
- DU PONTAVICE (Emmanuel). — « La réforme de la faillite », *J.C.P.*, 1968.I.2138.
- DURAND (P. M. F.). — Note sous Cass. com., 1^{er} févr. 1955, D., 1956.J.338.
- DURRY. — Obs. in *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, p. 150 (sous Cass., 17 juill. 1967).
- ESMEIN (P.). — *Gaz. Pal.*, 1941, Doctr. I, p. 14.
- Note au D., 1956.J.17.
- Note au J.C.P., 1963.II.13105.
- FAUCONNEAU. — *Gaz. Pal.*, 1960, Doctr. I, p. 8.
- FOYER (J.). — « La personnalité morale et ses limites », in *Travaux de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t. XVIII, 1960, p. 119 et s.
- FRAISSINGEA. — *Annales de droit commercial*, 1907, p. 389.
- G. B. — Note sous Paris, 26 févr. 1945, S., 1945.2.23.
- GIVERDON (Cl.). — « L'action individuelle des membres d'un groupement », *J.C.P.*, 1955.I.1244.
- GORÉ. — Note sous Paris, 23 nov. 1955, D., 1956.J.290.
- Note sous Douai, 1^{er} déc. 1955, D., 1956.J.223.
- Note sous Trib. civ. Béthune, 14 déc. 1955, D., 1956.J.55.
- Note sous Trib. com. Roubaix, 26 sept. 1956, D., 1957.J.10
- GRIOLLET — Note sous Paris, 28 mai 1869, D.P., 1869.2.148.
- GROSLIÈRE (J. C.). — « Les garanties professionnelles des dirigeants de sociétés commerciales. Aspects récents », D., 1963, Chron. p. 185.
- GUYON (Yves). — Note sous Cass. com., 4 mars 1969, J.C.P., 1969.II.15949.
- Note sous Rouen, 2^e Ch. civ., 25 sept. 1969, J.C.P., 1970.II.16219.
- Note sous Cass., 12 nov. 1969, J.C.P., 1970.II.16367.
- HAMEL. — « La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du Conseil d'administration dans les sociétés anonymes », *Rev. soc.*, 1923, p. 132.
- Note sous Trib. com. Seine, 23 mai 1928, D., 1933.1.89.
- HÉMARDE. — Note sous Cass. com., 1^{er} févr. 1955, J.C.P., 1955.II.8772.

- HÉMAR, TERRÉ et MABILAT. — « La réforme des sociétés commerciales. Commentaire analytique du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 », D., 1967.
— « La réforme de la réforme des sociétés ... suite », D., 1970, Chron. 1, p. 70.
- HOLLEAUX. — Note sous Civ., 4 déc. 1939, D.C., 1941.124.
- HONORAT (Adrienne). — *Juris-Classeur commercial*, anciens articles 437 à 614 inclus, Fasc. A.
- HORNBY (J. A.). — « La réforme du droit des sociétés en Grande-Bretagne », *Rev. trim. dr. com.*, 1949.
- HORRWITZ. — « Company Law reform and the ultra vires doctrine », 62 *L.Q.R.* 66.
- HOUIN. — « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *Liber Amicorum Baron Frédéric*, t. II, p. 617.
— Observations in *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 1018 et 1019, et *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 619.
- J. A. — Note sous Paris, 14^e Ch. référés, 17 oct. 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13968.
— Note sous Cass. civ., 14 mars 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14614.
— Note sous Paris, 12 mars 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14747.
— Note sous Paris, 3^e Ch., 10 janv. 1967, *J.C.P.*, 1967.II.15149.
— Note sous Colmar, 2^e Ch., 10 oct. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16169.
- JAUBERT. — *Juris-Classeur civil*, article 2003-2010, Fasc. H, n° 64.
- J. R. — Note sous Cass. crim., 16 janv. 1964, *J.C.P.*, II.13612.
— Note sous Cass. com., 17 mai 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14647.
- LABBÉ. — Note Sirey, 1885.1.97.
— Note sous Cass. civ., 8 nov. 1886, S., 1887.1.353.
- LACAN. — « L'action sociale exercée *ut singuli* », *Rev. soc.*, 1946, p. 223.
- LACAN (R. A.). — *Le Monde*, 28 août 1970, p. 19.
- LACOUR. — Note sous Paris, 19 févr. 1897, D.P., 1898.2.153.
- LAGARDE. — Note sous Cass. civ., 30 oct. 1928, S., 1929.129.
— Note S., 1946.1, p. 9.
— *Du rachat de ses titres par une société*, Publications de l'A.N.S.A., Paris, 1955.
— Note sous Douai, 11 juill. 1957, D., 1957.J, p. 715.
- LAURIOL. — « Le rapport spécial des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes, article 40 de la loi du 24 juillet 1867 », *Rev. trim. dr. com.*, 1955, p. 727.
- LEBLOND (J.). — « Des abus de confiance commis par les administrateurs, gérants et directeurs », *Journ. soc.*, 1934, p. 337.
— *Journ. soc.*, 1949, Doctr. p. 343.
— « Des pouvoirs respectifs de l'assemblée général, du Conseil d'administration, et du président-directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. Pal.*, 1957.1, p. 29.
- LEPARGNEUR. — Note sous Cass. crim., 4 juin 1941, D.C., 1943.1.93.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — Note sous Paris, 22 déc. 1938, et Cass. civ., 25 févr. 1942, D.C., 1942.J.96.
- LESCOT (P.). — Note sous Cass. req., 10 mars 1943, S., 1944.1, p. 9.
— Note sous Cass. com., 4 août 1952, *J.C.P.*, 1952.II.7180.
— « Le mandat apparent », *J.C.P.*, 1964.I.1826.
- LE TOURNEAU (P.). — « Les actions des dirigeants « initiés » des sociétés par actions », *Rev. trim. dr. com.*, 1971, p. 593 et s.
- LEVASSEUR. — Note sous Cass., 28 janv. 1954, D.P., 1954.J.217.
- LEVILLAIN. — Note sous Paris, 20 mars 1901, D.P., 1904.2.121.
— Note sous Orléans, 27 févr. 1904, D.P., 1905.2, p. 337.
- LINDON (R.). — Note sous Civ., Sect. soc., 10 avr. 1962, D., 1962.J.565.

- LYON-CAEN. — Note sous Paris, 4 févr. 1881, S., 1882.2.123, et Note S., 1884.1, p. 306.
- MALAN (François). — « Les problèmes soulevés par les offres publiques d'achat et la réglementation du 21 janvier 1970 », *J.C.P.*, 1970.I.2304.
- MATTER. — Note sous Req., 20 oct. 1920, D., 1920.1.161.
- M. G. — Note sous Cass. com., 21 juill. 1969, *Rev. soc.*, 1970, p. 467.
- MICHEL. — « La loi du 18 septembre 1940 sur l'administration des sociétés anonymes », *Gaz. Pal.*, 1940.2, Doctr. 33.
- NOIREL (J.). — *Jurisclasseur de la responsabilité civile*, II, Fasc. IX bis, 1960.
- NECTOUX. — Note sous Cass. com., 14 oct. 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11308.
- NEPVEUX. — Conclusions sous Paris, 22 mai 1965, *Gaz. Pal.*, 1965.2.86.
- NOCQUET. — Note sous Cass. com., 21 juill. 1969, *Rev. soc.*, 1970, p. 643.
- PAILLUSSEAU et CONTIN. — Note sous Rennes, 23 févr. 1968, *J.C.P.*, 1969.II.16122.
— « La cession de contrôle d'une société (à propos d'un important arrêt de la Cour d'appel de Rennes », *J.C.P.*, 1969.I.2287.
- PERCEROU. — Note sous Cass. civ., 31 juill. 1912, D., 1913.1.81.
— Note sous Aix-en-Provence, 3 févr. 1966, *J.C.P.*, II.14861.
— Note sous Cass. civ., 12 nov. 1946, D., 1948.J, p. 345.
- PERROUD. — Note sous Nancy, 23 juin 1906, S., 1908.2.137.
- PIC. — Note sous Paris, 31 mai 1892, D.P., 1893.2.149.
- PIEDELIEVRE (Bernard). — « Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de services dans les sociétés anonymes, après la loi du 24 juillet 1966 », *J.C.P.*, 1968.I.2205.
- PIROVANO (A.). — « La fonction sociale des droits. Réflexions sur le destin des théories de Jossierand », *Chron. D.S.*, 1972, p. 69 et s.
- P. L. — Note sous Paris, 29 oct. 1968, *J.C.P.*, 1968.II.15677.
- PLAISANT. — « Distinction de l'action sociale et de l'action individuelle », S., 1947.1.45.
- POULAIN. — Note sous Cass., 19 janv. 1970, D., 1970.J.482.
- RABUT. — Note sous Cass., 18 mars 1970, *J.C.P.*, 1970.II.16422.
- RAULT. — Observations *Rev. trim. dr. com.*, 1948, p. 443.
- R. B. — Note sous Paris, 14 déc. 1962, *J.C.P.*, 1963.II.13041.
- RIPERT (Georges). — Note sous Paris, 18 nov. 1926, D.P., 1927.2.113.
— Note sous Cass., 26 juin 1943, D., 1945.J.151.
— Observations sur le jeu de la loi de la majorité du droit privé, *Mélanges Sugiyama*.
- R. L. — Note au *J.C.P.*, 1967.II.15217 et 15310.
- RODIÈRE. — Note sous Paris, 25 nov. 1955, *J.C.P.*, 1955.II.9240.
— Note sous Civ., 16 juill. 1953, *J.C.P.*, 1954.II.7792.
— Note au *J.C.P.*, 1955.II.8951.
- ROSENFELD. — *Revue des sociétés*, 1958, p. 380.
- ROUILLER (A.). — *Répertoire notarial Defrénois*, 1968, p. 774.
- ROUSSEAU. — Note sous Trib. com. Seine, 27 mars 1935, S., 1935.2.146.
— Note sous Cass., 11 mars 1936, S., 1936.1.249.
— Note sous Crim., 26 janv. 1938, S., 1939.1.49.
- SALLE DE LA MARNIÈRE (E.). — « Le mandat irrévocable », *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, p. 241.
- SAVATIER. — « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé », D., 1970, *Chron. XXVII*, p. 123.
- SCHAPIRA (J.). — « L'intérêt social et le fonctionnement de la Société anonyme », *Rev. trim. dr. com.*, 1971, p. 957.

- SCHMIDT (Jean). — Note sous Cass. com., 5 déc. 1966, D., 1967.J.409.
- SEVESTRE. — « La direction générale et la direction technique », *Gaz. Pal.*, 1957.2 Doctr. 23.
- SINAY (H.). — Note sous Civ., Sect. com., 20 janv. 1948, S., 1948.1.153.
- SOLUS (H.). — Note sous Paris, 25 févr. 1943, *J.C.P.*, 1943.II.2327.
- SOULEAU (H.). — « La démission des dirigeants des sociétés commerciales », *Rev. trim. dr. com.*, 1972, p. 21.
- TCHERNOFF. — Note sous Cass. crim., 22 janv. 1937, D., 1937.1.71.
- THALLER. — Note sous Cass. civ., 6 mai 1885, D.P., 1886.2.25.
— Note sous Civ., 28 nov. 1912, D.P., 1913.1.377.
- TOUJAS. — Note sous Trib. com. Toulouse, 24 janv. 1969, *J.C.P.*, 1969.II.15794.
- TROCHU (Michel). — « Les offres publiques d'achat », *Rev. trim. dr. com.*, 1967, p. 713.
— « L'entreprise, antagonisme ou collaboration du capital et du travail », *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 686.
- TUNC. — « La responsabilité civile des administrateurs de sociétés », *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1963, t. XV, p. 28.
— Note sous Orléans, 30 juill. 1942, D.C., 1943, p. 17.
- VERBYST. — *Gaz. Pal.*, 1955, Doctr. 2, p. 34.
- WAHL (A.). — Note sous Rennes, 23 mars 1909, S., 1910.2.65.
— Note sous Paris, 22 mars 1911, S., 1912.2.65.

TABLE DES DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE CITÉES

1825 à 1840

Cass. civ., 4 mai 1825, S., 1825.1.300.
Cass., 6 mars 1827 (SV., 1827.1.160).
Bordeaux, 13 févr. 1832 (*Rép. Dalloz*, t. 30, n° 426).
Bordeaux, 7 juill. 1837 (SV., 1837.2.452).

1850 à 1860

Req., 2 juill. 1851.1.593.
Req., 27 déc. 1853, D., 1854.1.145.
Lyon, 17 août 1855, D.P., 1866.2.194.
Req., 17 nov. 1856, D.P., 1957.1.58.
Req., 8 avr. 1857, S., 1857.1.835 ; D., 1858.1.134.
Req., 1^{er} août 1859, D., 1859.1.353.

1860 à 1870

Civ., 21 févr. 1860, D.P., 1860.1.129 ; S., 1860.1.362.
Douai, 29 juin 1861, S., 1861.2.547.
Alger, 12 déc. 1862 sous Req., 19 juill. 1864, D.P., 1864.1.481.
Req., 19 juill. 1864, D.P., 1864.1.481.
Lyon, 17 août 1865, D., 1866.2.194.
Cass. civ., 17 janv. 1866, D., 1866.1.77.
Metz, 14 août 1867, D., 1867.2.178.
Cass., 18 févr. 1868, S., 1868.1.241.
Paris, 14 mars 1868, Bull. arr. Paris, 1868, p. 94.
Paris, 1^{er} août 1868, D., 1869.2.65.
Civ., 26 août 1868, D.P., 1868.1.439.
Cass., 13 janv. 1869, S., 1869.1.209.
Bourges, 10 mars 1869, S., 1871.2.255.
Paris, 28 mai 1869, D.P., 1869.2.148, note Griollet.
Cass., 14 déc. 1869, D.P., 1870.1.179 ; S., 1870.1.165.

1870 à 1880

Paris, 16 avr. 1870.2.121.
Cass., 10 août 1870, D., 1871.1.40.
Bourges, 26 déc. 1870, S., 1870.2.318.
Caen, 29 déc. 1870, S., 1871.2.265.
Req., 7 mai 1871, D.P., 1872.1.233.
Civ., 29 nov. 1871, D., 1871.1.189.
Civ., 6 janv. 1873, D., 1873.1.116.
Civ., 27 janv. 1873, D.P., 1878.1.331.
Cass., 11 nov. 1873, D., 1876.1.425.
Cass., 9 mars 1874, D., 1876.1.387.
Req., 9 juin 1874, D.P., 1876.1.387.

Req., 15 juin 1874, S., 1875.1.303.
 Civ., 15 mars 1876, S., 1876.1.337, note Cabbé ; D., 1876.1.441.
 Req., 2 août 1876, D., 1877.1.224.
 Cass., 13 nov. 1876, D., 1878.1.6 ; 14 nov. 1876.
 Civ., 5 nov. 1877, D., 1880.1.79.
 Cass., 2 juill. 1878, S., 1881.1.411.
 Cass. req., 25 févr. 1879, S., 1881.1.461.
 Paris, 16 août 1879, *Journ. soc.*, 1880.118.

1880 à 1890

Paris, 4 févr. 1881, S., 1882.2.123, note Lyon-Caen.
 Civ., 21 juin 1881, D.P., 1881.1.465.
 Paris, 30 juin 1883, D.P., 1885.2.18.
 Paris, 1^{er} août 1883, *Journ. soc.*, 1884, p. 82.
 Req., 3 déc. 1883, D.P., 1884.1.339.
 Orléans, 20 mars 1884, D.P., 1886.2.85.
 Req., 23 févr. 1885, D.P., 1885.1.413.
 Lyon, 12 mars 1885, D.P., 1886.2.136.
 Paris, 19 févr. 1885, D., 1885.2.181.
 Paris, 6 mai 1885, D.P., 1886.2.25, note Thaller.
 Req., 18 mai 1885, D.P., 1888.1.59.
 Req., 9 juill. 1885, D., 1886.1.310.
 Trib. com. Seine, 13 juill. 1885, *Rev. soc.*, 1885, p. 629.
 Req., 11 nov. 1885, S., 1886.1.455.
 Cass., 2 déc. 1885, S., 1886.1.97.
 Paris, 8 janv. 1886, D., 1886.2.216.
 Cass. civ., 8 nov. 1886, D.P., 1887.1.9, S., 1887.1.353, note Cabbé.
 Paris, 2 déc. 1886, *Rev. soc.*, 1887, p. 19.
 Trib. com. Seine, 13 déc. 1886, *Journ. trib. com.*, 1887, p. 257 ; *Rev. soc.*, 1887, p. 154.
 Cass., 4 janv. 1887, D., 1887.2.73.
 Toulouse, 14 juin 1887, *Journ. soc.*, 1888.108.
 Cass., 15 nov. 1887, S., 1888.1.410 ; 17 janv. 1888, *Rev. soc.*, 1888, p. 169.
 Bourges, 2 août 1888, D.P., 1889.2.49.
 Req., 20 févr. 1889, S., 1890.1.69.
 Cass., 28 mai 1889, S., 1890.1.9 ; 25 juin 1889, D., 1890.1.153.
 Req., 23 juill. 1889, D., 1891.1.53.
 Trib. com. Seine, 25 nov. 1889, *Rev. soc.*, 1890, p. 49.
 Cass. civ., 3 déc. 1889, S., 1891.1.525.
 Cass. req., 21 janv. 1890, D., 1891.1.380.
 Lyon, 28 janv. 1890, D.P., 1892.2.33, note Boistel.

1890 à 1900

Lyon, 12 févr. 1890, D.P., 1891.2.247.
 Nancy, 25 févr. 1890, D., 1890.2.347.
 Liège, 30 juill. 1890, sous Alger, 17 mars 1894, S., 1895.2.237.
 Civ., 11 févr. 1891, D., 1891.1.197.
 Crim., 30 avr. 1891, D.P., 1891.1.491.
 Angers, 19 mai 1891, D.P., 1892.2.81, note Boistel.
 Amiens, 28 janv. 1892, S., 1894.2.177.
 Ch. civ., 30 mai 1892, D., 1893.1.105 et Sirey, 1892.1.561.
 Paris, 31 mai 1892, D.P., 1893.2.149, note Pic.
 Cass. req., 24 oct. 1892, D., 1892.1.600.
 Paris, 17 mars 1893, D., 1893.2.309.
 Cass., 3 mai 1893, *Journ. soc.*, 1893, p. 467.
 Cass. civ., 5 juill. 1893, D., 1894.1.4.
 Bordeaux, 31 juill. 1893, D., 1894.2.541.
 Alger, 17 mars 1894, S., 1895.2.237.
 Civ., 19 mars 1894, S., 1896.1, p. 260 ; D., 1896.1.465.

Trib. civ. Seine, 8 juin 1894, *Rép. Dalloz*, V. *Société*, n° 1529.
 Req., 6 août 1894, D.P., 1895.1.144 ; S., 1894.1.496.
 Req., 23 janv. 1895, D.P., 1895.1.173.
 Cass., 8 juill. 1895, *Rev. soc.*, 1895.607.
 Paris, 18 juill. 1895, D., 1896.2.78.
 Req., 30 juill. 1895, D.P., 1896.1.312.
 Req., 31 juill. 1895, D.P., 1896.1.260.
 Paris, 6 févr. 1896, *Journ. soc.*, 1896.343.
 Nantes, 27 mai 1896, *Gaz. Pal.*, 1896.2.275.
 Paris, 19 févr. 1897, D.P., 1898.2.153.
 Douai, 15 avr. 1897, *Journ. soc.*, 1898.26.
 Cass. civ., 14 févr. 1898, *Journ. soc.*, 1898.300.
 Cass., 20 juin 1898, S., 1899.1.257.
 Orléans, 20 juill. 1899, D., 1900.2.151.

1900 à 1910

Paris, 20 mars 1901, D.P., 1904.2.121, note Levillain.
 Cass., 20 janv. 1902, D., 1.141.
 Req., 10 févr. 1903, S., 1903.1.217.
 Civ., 25 janv. 1904, D., 1904.1.601.
 Orléans, 27 févr. 1904, D.P., 1905.2, p. 337, note Levillain ; *Journ. soc.*, 1905.310.
 Paris, 25 nov. 1904, *Journ. soc.*, 1905, p. 412.
 Trib. com. Seine, 12 déc. 1904, *Journ. soc.*, 1905.520.
 Cass. civ., 6 juill. 1905, *Journ. soc.*, 1906.306.
 Trib. com. Bordeaux, 16 nov. 1905, *Journ. soc.*, 1905, p. 436.
 Nancy, 23 juin 1906, S., 1908.2.137, note Perroud.
 Cass. req., 13 févr. 1907, D., 1911.1.99.
 Aix, 21 févr. 1907, *Gaz. Trib.*, 1908.1, *Soc.*, n° 22.
 Req., 1^{er} mai 1907, D., 1907.1.435.
 Nancy, 5 août 1907, *Ann. de Droit com.*, 1907, p. 482.
 Req., 12 nov. 1907, D., 1980.1.87.
 Paris, 1^{er} nov. 1908, S., 1910.2.165.
 Req., 16 févr. 1909, D.P., 1913.1.188.
 Rennes, 23 mars 1909, S., 1910.2.65, note Wahl.
 Cass. civ., 30 mars 1909, D.P., 1913.1.174.

1910 à 1920

Amiens, 6 févr. 1910, *Rev. soc.*, 1911, p. 286.
 Paris, 16 févr. 1911, *Journ. soc.*, 1911, p. 274.
 Paris, 22 mars 1911, S., 1912.2.65, note Wahl.
 Amiens, 7 avr. 1911, *Journ. soc.*, 1915.262.
 Paris, 26 avr. 1911, *Journ. soc.*, 1913.128.
 Req., 7 nov. 1911, S., 1912.1.79.
 Req., 3 avr. 1912, D.P., 1912.1.523, note Chéron.
 Cass., 30 juill. 1912, S., 1913.1.24.
 Cass., 26 nov. 1912, D.P., 1913.1.377, note Thaller ; *Rec. jur. soc.*, 1914.19, note J. Michel.
 Cass. crim., 28 févr. 1913, *Journ. soc.*, 1915, p. 161.
 Req., 4 juin 1913, S., 1914.1.179.
 Civ., 4 mars 1914, D., 1916.1.68.
 Cass., 10 juin 1914, *Journ. soc.*, 1915.15.

1920 à 1930

Lyon, 20 févr. 1920, *Journ. soc.*, 1921.163.
 Trib. com. Seine, 6 mai 1920. La loi, 5 août 1920.
 Trib. com. Lyon, 29 juill. 1920, *Journ. soc.*, 1923, p. 338.
 Req., 20 oct. 1920, D., 1920.1.161, note Matter.

Lyon, 10 nov. 1921, *Journ. soc.*, 1923, p. 338.
 Cass. civ., 11 janv. 1922, D.P., 1922.1.16.
 Besançon, 16 févr. 1922, *Rec. jur. soc.*, 1922.273.
 Cass. req., 17 oct. 1922, D., 1925.1.167.
 Paris, 28 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 14 avr. 1923.
 Cass. civ., 4 mai 1925, S., 1925.1.300.
 Cass., 29 juill. 1925, D.P., 1926.1.17, note Chéron.
 Paris, 5 déc. 1925, *Journ. soc.*, 1926.668.
 Cass., 13 janv. 1926, S., 1926.1.104.
 Cass. civ., 15 févr. 1926, D.H., 1927.50.
 Req., 28 avr. 1926, S., 1927.1.282.
 Seine, 29 juin 1926, *Journ. soc.*, 1928.562.
 Trib. com. Lyon, 1^{er} juill. 1926, *Rev. soc.*, 1927.199.
 Paris, 18 nov. 1926, D.P., 1927.2.113, note Ripert.
 Trib. com. Marseille, 12 févr. 1928, *Journ. soc.*, 1930.206.
 Trib. com. Seine, 23 mai 1928, D., 1933.1.89, note Hamel.
 Paris, 5 juin 1928, *Sem. jur.*, 1928, p. 1101.
 Trib. com. Marseille, 25 juill. 1928, *Gaz. Pal.*, 1929.1.70.
 Cass. civ., 30 oct. 1928, S., 1929, note Lagarde, p. 129 ; D., 1930.1, note Chéron.
 Trib. Marseille, 25 avr. 1929, *Rev. soc.*, 1930.420.
 Cass. civ., 11 juin 1929, S., 1929.1.325.
 Req., 19 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.567.
 Civ., 18 juill. 1929, D.H., 1929.556.

1930

Cass., 7 janv. 1930, *Rev. soc.*, 1930, p. 68 ; *Journ. soc.*, 1930.413 ; *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 74, note Noirel ; D., 1932.1.191, note Cordonnier ; S., 1931.1.25, note Lescot.
 Cass., 3 févr. 1930, *Journ. soc.*, 1931.464.
 Cass. crim., 11 juill. 1930, D.P., 1932.1.145, note Cordonnier.

1931

Cass. civ., 4 févr. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.1.528.
 Cass., 17 avr. 1931, *Journ. soc.*, 1932.72.
 Cass., 23 juill. 1931, *Journ. soc.*, 1933, p. 15, note Deargés.
 Cass., 27 juill. 1931, *Rev. soc.*, 1932.11.

1932

Paris, 3^e Ch., 9 déc. 1932, D.H., 1933, p. 104.

1933

Trib. corr. Seine, 20 déc. 1933, *Journ. soc.*, 1935.375.

1934

Trib. com. Le Havre, 13 nov. 1934, *Journ. soc.*, 1937, p. 314.
 Req., 27 nov. 1934, D.H., 1935.1.6.
 Paris, 29 déc. 1934, S., 1935.2.61.

1935

Paris, 9 févr. 1935, *Gaz. Pal.*, 7 avr. 1935.
 Lyon, 21 mars 1935, S., 1936.2.7.
 Trib. com. Seine, 27 mai 1935, S., 1935.2.146, note Rousseau.
 Req., 23 juill. 1935, D., 1936.1.333.
 Trib. civ. Seine, 23 déc. 1935, *Sem. jur.*, 1936.231.
 Trib. com. Seine, 23 déc. 1935, *Rev. jur. soc.*, 1936.82.
 Cass. civ., 30 déc. 1935, D.H., 1936.81.

1936

Trib. com. Seine, 20 janv. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.572.
Civ., 11 mars 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.838 ; S., 1936.1.249, note Rousseau.
Cass., 29 mars 1936, *Gaz. Pal.*, 1938.2.59.
Paris, 1^{er} avr. 1936, *Rev. spéc. soc.*, 1937, p. 737.
Cass., 13 juin 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.487.
Cass., 22 juin 1936, *Journ. soc.*, 1937.539.
Lyon, 25 juin 1936, S., 1937 2 68.
Lyon, 25 juill. 1936, S., 1937.2.68.
Cass. req., 28 juill. 1936, *Rev. spéc. soc.*, 1938, p. 38.
Cass. req., 21 déc. 1936, D.H., 1937.1.240 ; *Gaz. Pal.*, 1937.68.

1937

Cass. crim., 22 janv. 1937, D., 1937.1.71, note Tchernoff.
Req., 16 févr. 1937, *J.C.P.*, 1937.2.273.
Cass. crim., 11 mars 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.1.943.
Req., 27 avr. 1937, *Journ. soc.*, 1938.476.200.
Trib. com. Bordeaux, 5 oct. 1937, *Rev. soc.*, 1939, p. 308.

1938

Paris, 7 janv. 1938, S., 1938.2.53.
Paris, 14 janv. 1938, *Rev. trim. soc.*, 1938.346.
Crim., 26 janv. 1938, S., 1939.1.49, note Rousseau.
Cass., 1^{er} févr. 1938, *Rev. spéc.*, 1938.590.
Cass. req., 29 mars 1938, *Rev. soc.*, 1939.53, *Gaz. Pal.*, 1938.2.59.
Paris, 22 juill. 1938, D.P., 1939.2.44.
Paris, 22 déc. 1938, D.C., 1942.J.96, note Lerebours-Pigeonnière.

1939

Req., 21 mars 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.1.974 ; *Sem. jur.*, 1939.1218.
Trib. civ. Seine, 18 avr. 1939, *J.C.P.*, 1939.II.1263.
Req., 20 avr. 1939, *J.C.P.*, 1939.II.1302 ; *Gaz. Pal.*, 1939.2.152 ; *Journ. soc.* 1941, p. 172.
Bordeaux, 29 juin 1939, *Rev. soc.*, 1939, p. 308.
Civ., 4 déc. 1939, S., 1940.1.14, D.C., 1941.124, note Holleaux.

1940

Cass. req., 28 mai 1940, *J.C.P.*, 1940.II.1674.
Req., 30 sept. 1940, *Gaz. Pal.*, 1940.2.169.
Montpellier, 4 nov. 1940, *J.C.P.*, 1942.II.1871, note Bastian.

1941

Cass. crim., 4 juin 1941, D.C., 1943, note Lepargneu.
Civ., 29 juill. 1941, S., 1942.1.57.

1942

Cass., 25 févr. 1942, D.C., 1942.J.96, note Lerebours-Pigeonnière.
Cass. req., 9 mars 1942, *J.C.P.*, 1942.II.1930.
Req., 9 juin 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.2.58.
Orléans, 30 juill. 1942, D.C., 1943, p. 17 et autres, obs. Tunc.
Paris, 9 déc. 1942, *J.C.P.*, 1943.II.2165.
Rouen, 23 déc. 1942, note *J.C.P.*, 1949.II.4937, note Bastian.

1943

Paris, 25 févr. 1943, *J.C.P.*, 1943.II.2327, note Solus.
Paris, 12 avr. 1943, *J.C.P.*, 1943.II.2534, note Bastian.

Cass. req., 10 mars 1943, S., 1944.1.9, note Lescot.
 Paris, 26 juin 1943, D., 1945.J.151, note Ripert ; S., 1944.2.69, note Boitard.
 Cass. civ., 28 juin 1943, D., 1945, p. 120.
 Cass. com., 28 juin 1943, *J.C.P.*, 1944.II.2516, note Bastian.

1944

Trib. com. Lille, 12 févr. 1944, D.C., 1944.J.137, note A. C.
 Cass. req., 23 févr. 1944, *J.C.P.*, 1944.II.2722.
 Cass. civ., 23 mai 1944, *J.C.P.*, 1955.II.2783, note D. B.
 Paris, 24 juin 1944, *J.C.P.*, 1946.I.3187.

1945

Paris, 26 févr. 1945, S., 1945.2.23, note G. B.
 Cass. crim., 1^{er} mars 1945, D., 1946.J.293, note Chéron.
 Cass. req., 30 oct. 1945, S., 1947.1.45, note Plaisant.

1946

Cass. civ., 7 janv. 1946, S., 1946.1.32.
 Cass. civ., 6 mai 1946, *Gaz. Pal.*, 1946.1.254.
 Cass. civ., 4 juin 1946, *J.C.P.*, 1947.II.3518, note Bastian ; S., 1947.1.153, note Barbry.
 Paris, 10 juill. 1946, *Gaz. Pal.*, 1946.2.256.
 Cass. civ., 12 nov. 1946, D., 1948.S.345, note Percerou.
 Req., 16 déc. 1946, *J.C.P.*, 1947.IV.21.

1947

Paris, 25 juin 1947, *J.C.P.*, 1948.II.4110, note Bastian.

1948

Civ., Sect. com., 20 janv. 1948, S., 1948.1.153, note Sinay ; obs. Noirel, *Les Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1961, n° 75, p. 255 et s.
 Cass. Ch. civ., Sect. com., 10 mai 1948, S., 1950.1.77 ; *J.C.P.*, 1949.II.4937, note Bastian ; 1948.J.407.

1949

Trib. com. Seine, 17 janv. 1949, S., 1949.2.161, note Dalsace.
 Cours d'Angers, 7 déc. 1949, *Sem. jur.*, 1950.II.5545, note Bastian ; *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 238.

1950

Paris, 17 juill. 1950, *Gaz. Pal.*, 1950.2.291 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 847.

1951

Lyon, 5 mars 1951, *J.C.P.*, 1951.II.6562.20, note Bastian.
 Trib. com. Seine, 2 avr. 1951, S., 1951.2.151.
 Amiens, 4 avr. 1951, S., 1952.2.9.
 Civ., Sect. com., 17 juill. 1951, *J.C.P.*, 1952.II.7218 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 845, obs. Rault.
 Trib. com. Versailles, 3 oct. 1951, D., 1952.J.120.
 Lyon, 29 oct. 1951, *Gaz. Pal.*, 1951.2.430.

1952

Trib. civ. Seine, 2 janv. 1952, *Gaz. Pal.*, 1952.1.214.
 Paris, 9^e Ch., 9 janv. 1952, *J.C.P.*, 1952.II.6970, note Bastian ; D., 1952.J. 383.

Lyon, 28 janv. 1952, *Journ. soc.*, 1952, p. 348.
 Orléans, 12 févr. 1952, D., 1952.J.626.
 Le Havre, 15 févr. 1952, *J.C.P.*, 1952.II.7216, note D. B.
 Cass. com., 26 mai 1952, *J.C.P.*, 1952.IV.110.
 Cass. com., 4 août 1952, *J.C.P.*, 1952.II.7180, note Lescot ; S., 1953.1.98.
 Cass. civ., Sect. com., 2 déc. 1952, D., 1953.J.181 ; *J.C.P.*, 1953.II.7529.
 Paris, 3^e Ch., 15 déc. 1952, *J.C.P.*, 1953.II.7763, note Bastian.

1953

Lyon, 2 févr. 1953, *Journ. soc.*, 1954.287.
 Trib. civ. Seine, 9 juill. 1953, *Rev. soc.*, 1954, p. 180 ; *J.C.P.*, 1954.II.8704.
 Civ., 16 juill. 1953, *J.C.P.*, 1953.II.7792, obs. Rodière.

1954

Paris, 14 janv. 1954, *Gaz. Pal.*, 1954.1.278.
 Cass., 28 janv. 1954, *J.C.P.*, 1954.II.7978.
 Civ., Sect. com., 9 mai 1954, D., 1954, p. 437 ; *J.C.P.*, 1954.II.8257, note Bastian.

1955

Cass. com., 1^{er} févr. 1955, *J.C.P.*, 1955.II.8772, note Hémard ; D., 1956.J. 338, note P. H. F. Durand.
 Civ. 2^e, 17 févr. 1955, D., 1956.J.17, note Esmein ; *J.C.P.*, 1955.II.8591, note Rodière.
 Cass. crim., 27 avr. 1955, *Bull. cass.*, 1955, p. 377, n° 210.
 Poitiers, 11 mai 1955, *Gaz. Pal.*, 1955.2.254.
 Douai, 13 mai 1955, *J.C.P.*, 1956, Ed. C.I., 57750.
 Nancy, 6 juill. 1955, *Gaz. Pal.*, 1955.2.310.
 Civ., Sect. com., 12 juill. 1955, D., 1956, p. 593, note Copper-Royer.
 Trib. civ., 12 oct. 1955, *Gaz. Pal.*, 1956, Somm. p. 15.
 Cass. com., 12 oct. 1955, *Rép. Commaille*, 1955.137, note Dalsace.
 Lyon, 1^{re} Ch., 7 nov. 1955, *J.C.P.*, 1956.II.9170, note Bastian.
 Paris, 23 nov. 1955, D., 1956.290, note Goré.
 Paris, 25 nov. 1955, *J.C.P.*, 1956.II.9240, note Rodière.
 Douai, 1^{er} déc. 1955, D., 1956.J.223, note Goré.
 Trib. civ. Béthune, 14 déc. 1955, D., 1956.J.55, note Goré.

1956

Cass. com., 14 mars 1956, *Bull. cass.*, 1956.III.115.
 Trib. civ. Metz, 28 mars 1956, J.P., p. 555.
 Trib. com. Seine, 19 avr. 1956, D., 1956.J.622, note Dalsace.
 Cass. civ., 19 avr. 1956, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1956, 4^e partie, p. 253, n° 348 ; 3 mai 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.2.93.
 Paris, 17 mai 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9658, note Bastian.
 Paris, 4 juill. 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.2.76.
 Cass. com., 9 juill. 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.2.331.
 Cass. com., 17 juill. 1956, *Bull. civ.* III, n° 217, p. 185.
 Trib. com. Roubaix, 26 sept. 1956, D., 1957.10, note Goré.
 Cass. com., 31 oct. 1956, *J.C.P.*, 1957.II.9889.
 Cass. com., 26 nov. 1956, *Bull. cass.*, 1956.3, p. 262, n° 304.

1957

Cass. com., 25 févr. 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10019, note Bastian.
 Cass. crim., 5 mars 1957, *Bull.*, n° 241, p. 248.
 Paris, 1^{re} Ch. supp., 14 mars 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.1.151.
 Paris, 29 mars 1957, D., 1957.J.488, 300.
 Civ., Sect. com., 22 mai 1957, *Bull. cass. civ.*, 1957.III.141 et 142.

Civ., 27 mai 1957, *Bull. civ.* I.240, p. 196.
 Rennes, 2 juill. 1957, *Rev. trim. dr. com.*, 1957, p. 723.
 Cour de Douai, 2 juill. 1957, D., 1957.J.715, note Lagarde.
 Rouen, 18 oct. 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.2.347.
 Cass. crim., 5 nov. 1957, *Bull. cass.*, 1957, n° 704, p. 1271.
 Cass. civ., 15 nov. 1957, D., 1958.109, note Dalsace.
 Pau, 20 nov. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958.1, table, p. 156.

1958

Trib. com. Seine, 16 janv. 1958, *Bull. inf. Dict. Joly*, p. 67.
 Cass. civ., 6 mars 1958, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1958, 4^e partie, p. 243, n° 334.
 Paris, 8 mars 1958.J.342.
 Trib. com. Seine, 13 mai 1958, *Bull. inf. soc.*, 1958, p. 148.
 Paris, 4^e Ch., 12 juin 1958, *Journ. spéc. soc. act.*, 9 déc. 1958, p. 5.
 Civ. 1^{re} Civ., 14 oct. 1958, *Bull. civ.*, 1958.I, p. 324, n° 426.
 Trib. corr. Seine, 14 nov. 1958, D., 1959, p. 568, note Bonassies.
 Trib. civ. Belfort, 19 nov. 1958, *J.C.P.*, 1959.II.10987, note Bastian.
 Paris, 9 déc. 1958, D., 1959.J, p. 141, note Dalsace.

1959

Seine com., 23 janv. 1959, D., 1960.323, note Dalsace.
 Paris, 28 févr. 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11175, note Bastian.
 Trib. civ. Seine, 11 avr. 1959, *Bull. soc.*, 1960, p. 391.
 Cass., 28 et 29 mai 1959 (8 arrêts), D., 1960.J.145, note Brèthe de la Gressaye.
 Cass. com., 5 juin 1959, *Bull. civ.*, 1959.IV, n° 690, p. 552.
 Cass. com., 16 juin 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11294, note D. B.
 Pau, 7 oct. 1959, D., 1960.249, note Dalsace.
 Cass. com., 14 oct. 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11308, note Nectoux.
 Com., 26 oct. 1959, *J.C.P.*, 1960.II.11696.
 Cass. com., 27 oct. 1959, *Bull. civ.* III, n° 363, p. 314 ; D., 1960.454, note Dalsace.
 Trib. civ. Saumur, 19 déc. 1959, *J.C.P.*, 1960.II.11537.

1960

Cass. com., 4 janv. 1960, *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 894.
 Douai, 26 janv. 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11693.
 Trib. gr. inst. Béthune, 16 févr. 1960, *J.C.P.*, 1961.II.12049.
 Cass. com., 24 mai 1960, *Rev. trim. dr. com.*, 1961, p. 147.
 Douai, 7 juill. 1960, *Journ. agréés*, 1962, p. 227.
 Lyon, 16 sept. 1960, D., 1961, Somm. p. 51.
 Paris, 24 oct. 1960, D., 1961.J.97, note Dalsace.
 Civ. 1^{re} Civ., 9 nov. 1960, *Gaz. Pal.*, 1961.1.83.
 Cass. com., 14 déc. 1960, *Bull. civ.* III, n° 415, p. 377 ; D., 1961, p. 402, note Dalsace.

1961

Cass. civ. 1^{re} Civ., 5 janv. 1961, D., 1961.J.340 ; S., 1961.238 ; *Gaz. Pal.*, 1961.1270.
 Cass. crim., 26 janv. 1961, D., 1964.J.52.
 Cass., 8 févr. 1961, *Bull. civ.*, 1961.II, n° 732, p. 514.
 Paris, 19 avr. 1961, D., 1961, p. 631.
 Grenoble, 8 mai 1961, *Journ. spéc. soc. act.*, 14 avr. 1962, p. 5.
 Cass. civ., 2^e Sect., 8 juin 1961, *Bull. civ.*, 1961, n° 432, p. 309.
 Rouen, 2^e Ch. civ., 16 juin 1961, *Journ. spéc. soc. act.*, n° 135, 16 déc. 1961.
 Cass. com., 6 juill. 1961, *Rev. soc.*, 1962.35.
 Com. Douai, 12 oct. 1961, *J.C.P.*, 1962.II.12463.
 Cass. com., 26 déc. 1961, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 477 ; *Gaz. Pal.*, 5-8 mars 1962, *Bull. civ.* III, n° 506, p. 442.

1962

- Cass. com., 6 févr. 1962, *Bull. civ.* III, n° 80, p. 65 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 751.
 Civ., Sect. soc., 10 avr. 1962, D., 1962.565, note Lindon.
 Amiens, 11 juill. 1962, *Gaz. Pal.*, 1963.1.438.
 Cass., 20 nov. 1962, D., 1963.230.
 Cass. civ. 2^e, Civ., 26 nov. 1962, D., 1963.465, note Borricand ; *J.C.P.*, 1964.13710, note Juglart.
 Seine civ., 27 nov. 1962, D., 1963.730, note Dalsace.
 Cass. plén., 13 déc. 1962, D., 1963, p. 277, note Calais-Auloy ; *J.C.P.*, 1963.II.13105, note Esmein.
 Paris, 14 déc. 1962, *J.C.P.*, 1953.II.1304, note R. B.

1963

- Cass., 9 janv. 1963, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, obs. Houin, p. 852.
 Paris, 3 avr. 1963, D., 1963.J.646.
 Trib. corr. Seine, 13 juill. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.325.
 Cass. civ., 30 oct. 1963, *Gaz. Pal.*, 1964.1.8.
 Montpellier, 28 nov. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13596, note N. Bernard.
 Cass. com., 11 déc. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13873, note Alfandari.

1964

- Paris, 15 janv. 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.1.293.
 Cass. crim., 16 janv. 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13612, note J. R.
 Grenoble, 6 mai 1964, D., 1964.J.783.
 Cass. com., 21 juill. 1964, *Rev. trim. dr. com.*, 1965.130, obs. Houin.
 Paris, 14^e Ch. référé, 17 oct. 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13968, note J. A.
 Montpellier, 3 déc. 1964, D.S., 1965.264, *Journ. soc.*, 1967, p. 264.
 C.E., 11 déc. 1964, *Journ. spéc. soc. act.*, n° 7, 15 janv. 1966.
 Cass. civ. 1^{re}, Civ., 21 déc. 1964, *J.C.P.*, 1965.14005.
 Trib. com. Compiègne, 22 déc. 1964, *Rev. trim. dr. com.*, 1965, obs. Houin ; *J.C.P.*, 1965.II.14279, note N. Bernard.

1965

- Cass. 1^{re}, Civ., 30 mars 1965, D., 1965.559.
 Cass. com., 17 mai 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14647, note J. R.
 Paris, 22 mai 1965, *J.C.P.*, 1965.II.14274 bis ; D.S., 1968.J.147, note Contin ; *Rev. trim. dr. com.*, 1965.619, obs. Rodière ; *Gaz. Pal.*, 1965.2.86, concl. Nepveu.
 Cass. civ., 1^{er} juin 1965, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1965.I, p. 268, n° 363.
 Cass. com., 11 juin 1965, *Rev. trim. dr. com.*, 1965, p. 861.
 Cass. civ., 16 juill. 1965, *Bull. civ.* I, n° 74, p. 354.
 Cass. civ., Ch. soc., 17 nov. 1965, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1965. 4^e partie, p. 575, n° 690.
 Cass. 1^{re}, Civ., 30 nov. 1965, D., 1966.449, note Calais-Auloy.
 Cass. civ., 14 déc. 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14753.

1966

- Aix, 3 févr. 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14861, note Perceron.
 Cass. soc., 3 mars 1966, *J.C.P.*, 1966.IV.55.
 Paris, 12 mars 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14747, note J. A. ; *Rev. trim. dr. com.*, 1967, p. 913, obs. Boitard.
 Cass. civ., 14 mars 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14614, note J. A.
 Cass. com., 29 mars 1966, *J.C.P.*, 1967.II.15310, note R. L.
 Paris, 26 mai 1966, *Gaz. Pal.*, 1966.1.400.
 Paris, 1^{er} juin 1966, *Bull. inf. soc.*, 1966, p. 323.
 Paris, 17 juin 1966, *Gaz. Pal.*, 26 nov. 1966.

Paris, 21 juin 1966, D., 1967.J.321.
 Paris, 1^{er} juill. 1966, D.S., 1966.603 ; *J.C.P.*, 1967.II.15033, note N. Bernard.
 Trib. com. Seine, 5 juill. 1966, *Rev. trim. dr. com.*, 1966, p. 1023.
 Cass. civ., Ch. soc., 19 juill. 1956, *Bull. cass. Ch. civ.*, 4^e partie, p. 597.
 Rennes, 17 oct. 1966, *Rev. soc.*, 1967.40.
 Cass., 30 nov. 1966, *J.C.P.*, 1967.G.IV.4.
 Amiens, 1^{er} déc. 1966, D.S., 1967.J.238, note Dalsace.
 Cass., Ch. com., 5 déc. 1966, D., 1967.J.409, note Schmidt.
 Cass. civ., Ch. com., 20 déc. 1966, D.S., 1967.J.160.

1967

Paris, 3^e Ch., 10 janv. 1967, *J.C.P.*, 1967.II.16149, note J. A.
 Paris, 22 févr. 1967, *Journ. soc.*, 1969, p. 73.
 Cass. crim., 1^{er} mars 1967, *Journ. soc.*, 1969, p. 69, 400.
 Crim., 12 avr. 1967, *Bull. crim.*, 1967, n° 119.
 Cass. civ., 13 juin 1967, *J.C.P.*, 1967.II.15217, note R. L.
 Paris, 29 juin 1967, 3^e Ch., *Journ. soc.*, 1968, p. 195 ; *J.C.P.*, 1967.II.15285, note J. A.
 Cass., 17 juill. 1967, *Gaz. Pal.*, 1967.2, p. 235.
 Amiens, 3 oct. 1967, *Bull. inf. Joly*, 1968, p. 114.
 Cass. com., 11 oct. 1967, D., 1968.J.136.
 Cass. com., 17 oct. 1967, *J.C.P.*, 1968.II.15412, note N. Bernard.
 Cass. crim., 7 déc. 1967, *Bull. crim.*, 1968, n° 170, p. 411.
 Cass. civ., Ch. com., 19 déc. 1967, *Bull. cass. Ch. civ.*, 1967, 3^e partie, p. 402, n° 426.

1968

Cass. crim., Ch. com., 31 janv. 1968, D., 1968.J.321.
 Rennes, 23 févr. 1968, *J.C.P.*, 1969.II.16122, note Paillusseau et Contin.
 Paris, 19^e Ch., 1^{er} mars 1968, *Gaz. Pal.*, 1968.2, p. 110.
 Cass. com., 30 avr. 1968, *Bull. civ.*, 1968.IV.126.
 Cass. com., 21 mai 1968, *Rev. trim. dr. com.*, 1968, p. 1083.
 Cass. crim., 22 mai 1968, *Bull. crim.*, 1968, p. 411, n° 170.
 Paris, 3^e Ch., 25 juin 1968, *Bull. inf. Joly*, 1968.122.
 Cass. com., 3 juill. 1968, *Bull.*, 1968.IV, n° 129.
 Paris, 29 oct. 1968, *J.C.P.*, 1968.II.15677, note P. L.
 Cass., Ch. com., 18 nov. 1968, D.S., 1969.J, p. 200.
 Trib. inst. Nogent-sur-Marne, 3 déc. 1968, *Société Codara c/ Tisserand*.
 Trib. com. Seine (référé), 6 déc. 1968, *Gaz. Pal.*, 1969.1.314.

1969

Trib. com. Toulouse, 24 janv. 1969, *J.C.P.*, 1969.II.15794, note Toujas.
 Cass., Ch. com., 4 mars 1969, *J.C.P.*, 1969.II.15949, note Guyon ; *Journ. soc.*, 1970, p. 7, D.S., 1969, p. 687.
 Cass., 18 mars 1969, D., 1970, Somm. p. 70, *J.C.P.*, 1970.II.16422, note Rabut.
 Cass. com., 23 avr. 1969, *Rev. trim. dr. com.*, 1969, p. 1022.
 Cass. com., 30 mai 1969, *J.C.P.*, 1969.IV.185.
 Cass. com., 24 juin 1969, D., 1969.J, p. 8.
 Cass. com., 21 juill. 1969, D.S., 1970.J.88, *Rev. soc.*, 1970, note M. C., et *Rev. soc.*, 1970, p. 643, note Mocquet.
 Rouen, 25 sept. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16219, note Guyon.
 Colmar, 2^e Ch., 10 oct. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16169, obs. J. A., et *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 142, obs. Houin.
 Paris, 3^e Ch., 27 oct. 1969, *Gaz. Pal.*, 1970.1.100.
 Cass. com., 12 nov. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16264, note Guyon.
 Cass. civ., Ch. com., 2 déc. 1969, *Bull. inf. soc.*, juin 1970, p. 336.
 Cass. com., 4 déc. 1969, D., 1970.J.114, *Rev. trim. dr. com.*, 1970, obs. Houin.
 Cass. com., 16 déc. 1969, *J.C.P.*, 1970.II.16367, note N. Bernard.

1970

- Cass. civ., 1^{re} Ch. civ., 7 janv. 1970, *Bull. civ. I*, n° 3, p. 3.
Cass. civ., Ch. com., 12 janv. 1970, *Bull. inf. Joly*, mars 1970, p. 177.
Cass., 21 janv. 1970, *J.C.P.*, 1970.II.16451, note B. Oppetit ; *Bull. civ. IV*, n° 28, p. 287 ; *Rev. soc.*, 1970, p. 291 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 738, note Houin.
Cass. civ., Ch. com., 26 janv. 1970, *Bull. civ. IV*, n° 31, p. 32 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 720, obs. Houin.
Cass., 27 janv. 1970.00.1970, *Somm. 70, J.C.P.*, 1970.II.16422, note Rabut.
Cass. crim., 5 févr. 1970, *J.C.P.*, 1970.II.16311 ; *D.*, 1970.249 ; *Rev. soc.*, 1970, p. 656, note Bouloc.
Cass. civ., 9 mars 1970, *Bull. civ. IV*, n° 88, p. 83.
Rouen, 17 mars 1970, *Journ. soc.*, 1970, p. 321.
Cass. civ., Ch. com., 1^{er} juin 1970, *Bull. inf. soc.*, déc. 1970, n° 254, p. 711.
Cass. crim., 16 juin 1970, *Bull. soc.*, n° 12 de déc. 1970, p. 723.
Cass. civ., 16 juin 1970, *Bull. civ. I*, n° 204, p. 167.
Cass. soc., 15 oct. 1970, *D.S.*, 1971.J, p. 54.
Cass. soc., 18 nov. 1970, *D.*, 1971.S, p. 43.
Cass. com., 21 juill. 1969, *Rev. soc.*, 1970, p. 465.

1971

- Cass. com., 26 janv. 1971, *D.*, 1971.J.336.
Limoges, 19 mars 1971, *J.C.P.*, 1972.17029, note J. J. Burst.
Aix, 21 avr. 1971, *D.S.*, 1972, p. 162, note Berdah.

1972

- Cass. crim., 1^{er} févr. 1972, *J.C.P.*, 1973.II.17304, note Burst.
Rennes, 25 févr. 1972, *J.C.P.*, 1972.II.17220, note Synvet.
Cass. com., 29 mai 1972, *J.C.P.*, 1973.II.17337, note Guyon.

TABLE ALPHABÉTIQUE

- Absence* (au conseil d'administration) 203 et s.
- Abstention* (aux délibérations du conseil) : 208.
- Abus de droit* : 54.
- Abus de majorité* : 191 et s.
- Acte de commerce* : 90.
- Action individuelle* : 7, 113 et s., 133 et s.
V. *Action sociale*.
- Action oblique* : 152.
- Action sociale* : 7, 113 et s., 117 et s.
— fondement : 118 et s.
— groupement de demandeurs : 14, 114 et s., 145 et s.
— option : 140.
— revalorisation : 125.
— *ut singuli* : 7 à 19, 142 et s.
- Actions* :
— de garantie : 218.
— cession (nature civile) : 90.
— — (transfert action sociale) : 145,
— nominatives (information) : 229.
— rachat par la société : 225, 226.
- Actionnaire* :
— droits : 14.
— information : 228 et s.
— (rupture d'égalité entre) : 100 et s.
— statut civil : 90 et s.
- Administrateur* :
— âge : 89, 219.
— autonomie des pouvoirs, 56 et s.
— en matière fiscale : 64
— avantage personnel : 191 et s.
— compétence professionnelle : 88, 163.
— cumul avec une fonction salariée : 65 et s., 194.
— démission : 207, 173.
— diligence : 77
— — appréciation *in abstracto* : 78, 83.
— discrétion : 189, 221, 93.
— obligation au passif social : 153 et s.
— obligation de surveillance : 209 et s.
— pouvoirs légaux 20 et s.
— protestations : 206.
— rémunérations : 69.
— responsabilité : 110 et s.
— — actions en : 111 et s.
— — causes : 161 et s.
— révocation : 44 et s.
- * *Affectio societatis* * : 103, 138.
- Apparence* : 32 et s.
- Assemblée* :
— limitation des pouvoirs : 60, 57.
— loi de la majorité : 98, 114.
— nullités, voir Nullités.
— — dénaturation : 98.
— vote du quitus : 124 et s.
- Autorisation (Clause d'—)* : 18, 124 et s.
- Avis (Clause d'—)* : 18, 124 et s.
- Avocat (compatibilité avec une fonction d'administrateur)* : 93.
- Bénéfices* :
— affectation : 227.
- Bon père de famille* : 80 et s.
- Bourse* : 231.
- Bul social* : 148.
- Capital social* :
— augmentation : 199.
— protection : 224 et s.
— réduction : 220 et s.
- Cessation de paiements* : 108, 153 et s.
- Clauses de non-responsabilité* : 16 et s., 121 et s.
- Conseil d'administration* :
— limitation des pouvoirs : 27.
— mission : 25.
— prérogatives : 26, 31, 35, 57.
— surveillance : 210 et s.

- Contrôle* : 88.
Contrôleurs de gestion : 114.
Conventions soumises à autorisation :
 70, 71, 194 et s.
 — prohibées : 195.
Déclaration de conformité : 176 et s.
Déontologie : 162.
Détournement de pouvoir : 187 et s.
Directeur général : 212 et s.
 — nomination : 57.
 — surveillance : 214.
Direction : 25 et s.
 — autonomie : 26 et s.
 — clauses limitatives des pouvoirs :
 27 et s.
Dommages-intérêts : 109.
 — préjudice individuel : 149 et s.
 — préjudice collectif : 151 et s.
 — préjudice prévisible : 109.
Droit transitoire : 68, 157.
Entreprise :
 — distinction avec la Société : 2.
 — participation des salariés : 2.
Exégèse : 127.
Expert :
 — de minorité : 103 et s.
 — art. 144, D., 23-3-1967 : 229.
Faute : 96, 106 et s., 169 et s.
 — commerciale : 180 et s.
 — lourde : 107.
 — présomption légale : 157 et s.
 — preuve : 108 et s.
 — professionnelle : 162 et s.
Fondateurs : 166 et s.
Fusion : 189.
 — article 93 : 66.
Hypothèque : 62.
Incidents de séance : 45 et s.
Information : 228 et s.
 — de contrôle : 231.
 — de participation : 228.
Intérêt collectif : 148 et s., 184.
Intérêt social : 103 et s.
« Intuitus personae » : 49 et s.
Institution (Théorie de l'—) : 1 et s.,
 114 et s., 74 et s.
Liberté de la concurrence : 185.
*Liquidation de biens, Règlement judi-
 ciaire* : 153 et s.
 — faillite personnelle : 161 et s.
 — obligation au passif social :
 154 et s.
 — suspension des poursuites : 163.
Mandat :
 — classique : 3 et s.
 — diligence du mandataire : 72 et s.
 — double : 11 et s.
 — délégation de signature (distinc-
 tion) : 73.
 — révocation : 42 et s.
 — responsabilité délictuelle : 37
 et s.
 — salarié (suppression) : 159, 160.
Minorité :
 — droits : 144, 151.
 — dirigeants : 192.
Nullité :
 — causes : 175.
 — constitution : 173 et s.
 — responsabilité : 166 et s., 177
 et s.
 — clauses modificatives de respon-
 sabilité : 16 et s., 121 et s.
Objet social : 22 et s.
 — Directive du Conseil des Com-
 munautés économiques euro-
 péennes : 29.
 — publication : 24 et s.
Ordre du jour : 45 et s.
Ordre public :
 — non-cumul de fonctions salariées
 et d'administration : 65 et s.,
 194.
 — pouvoirs légaux : 20 et s., 56 et s.
 — révocabilité : 44 et s.
Offre publique d'achat : 189.
Personnalité morale : 184.
 — disposition : 220.
 — effet interne : 12 et s.
 — responsabilité délictuelle : 38.
Prescription : 128 et s., 155.
Profession : 82 et s.
 — caractère accessoire : 82 et s.
Projet de résolution : 230.
Publicité légale : 24 et s.
 — information : 230 et s.
Qualité :
 — action sociale : 14, 114 et s.,
 145 et s.
 — action *ut singuli* : 7 à 9, 142 et
 s.

- du préjudice : 119.
- Quitus* : 16 et s., 121 et s.
- Rachat des actions* : 225 et s.
- Réduction du capital* : 220.
- Rémunération des dirigeants* : 69.
- Représentation* : 19 et s., 100 et s.
 - effets : 102.
 - conditions : 103.
- Responsabilité* : 110 et s.
 - contractuelle : 95 et s.
 - pénale : 110.
- Rétention (Droit de)* : 84.
- Révocabilité* : 44 et s.
- Risques du commerce (irresponsabilité)* : 104.
- Salariés* :
 - cumul avec une fonction d'administration : 65 et s., 194.
 - surveillance : 213.
- Secret des affaires* : 189, 221.
- Sécurité sociale (Cotisations)* : 40.
- Serment décisive* : 63.
- Solidarité* : 109, 130 et s.
- Subsidiarité* : 144 et s.
- Suspension provisoire des poursuites* : 163.
- Tribunaux* :
 - appréciation de l'intérêt social : 103 et s.
 - critère du bon père de famille : 81 et s.
 - dirigisme judiciaire : 186.
 - obligation *in solidum* : 132.
- Violation des statuts* : 113, 120, 216 et s.
- Vote* : 124 et s., 114.

